للثمرات يقال أجره اذا أعطاه أجرته والاجرة ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به يقال آجرك الله وعظم الله أجرك وفي كتاب العيني أجره يأجره وآجره ايجارا فهو مؤجر وفي الاساس أجرني داره فاستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل مؤاجر فانه خطأ وقبيح قال وليس آجر هذا فاعل بل هو أفعل اه وأما دليلها من الكتاب فهو قوله تعالى حكاية عن شعيب على أن تأجرني ثماني حجج وشريعة من قبلنا شريعة لنا اذا قصها الله علينا من غير انكار ومن السنة قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه ومن الاجماع فان الامة أجمعت على جوازها وسبب المشروعية الحاجة لان كل انسان لا يجد ما يشتري به العين فجوزت للضرورة وأما ركنها فهو الايجاب والقبول والارتباط بينهما وأما شرط جوازها فثلاثة أشياء أجر معلوم وعين معلوم وبدل معلوم ومحاسنها دفع الحاجة بقليل المنفعة وأما حكمها فوقوع الملك في البدلين ساعة فساعة وأما ألفاظها فينعقد بلفظين ماضيين أو يعبر بأحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل كقوله أجرتك وأعرتك منفعة داري سنة بكذا وتنعقد بالتعاطي كما في البيع وفي التتارخانية وينعقد الاجارة بغير لفظ كما لو استأجر دارا سنة فلما انقضت المدة قال ربها للمستأجر فرغها اليوم والا فعليك كل شهر بألف درهم ويجعل في قدر ما ينقل متاعه باجرة المثل فان سكن شهرا فهي عليها قال المالك الى آخر ما ذكر وصفتها انها عقد لازم وفي العناية وتثبت في الاجارة خيار الشرط والرؤية والعيب كما في البيع اه وأفاد المؤلف ان عقد الاجارة ينعقد باقامة العين مقام المنفعة ولهذا لو أضاف العقد الى المنافع لا يجوز بان قال أجرتك منافع داري بكذا شهرا وانما يصح اضافته الى العين والمراد من المنفعة أن تكون مقصودة من العين فلو استأجر ثيابا ليبسطها ولا يجلس عليها ولا ينام أو دابة ليربطها في داره ويظن الناس أنها له أو ليجعلها جنيبة بين يديه أو آنية يضعها في بيته يتجمل بها ولا يستعملها فالاجارة في جميع ذلك فاسدة ولا أجرة له لان هذه المنفعة غير مقصودة كذا في الخلاصة في الجنس الثالث من الدواب كما في المنح اه قال رحمه الله ﴿وما صح ثمنا صح أجرة﴾ لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع ثم ان كانت الاجرة عينا جاز أن تكون كل عين بدلا عن المنفع ولا ينعكس حتى صح أجرة ما لا يصح ثمنا كالمنفعة فانها لا تصح ثمنا وتصح أجرة اذا كانا مختلفي الجنس كما سيأتي وفي الجوهرة ولو كان عبد بين اثنين فأجر أحدهما نصيبه من شريكه على أن يخيط معه شهرا على أن يخدم الآخر في الشهر الثاني لم يجز لانهما نصيبين في العقد الواحد متفقان في الصفة ولو كان في العقدين جاز اه وان كانت الاجرة دراهم أو دنانير لا بد من بيان القدر والصفة وانه جيد أو رديء وان كانت النقود مختلفة انصرفت الى غالب نقد البلد وان كانت الاجرة مكيلا أو موزونا يحتاج الى بيان القدر والصفة ومكان الايفاء هذا اذا كان له حمل ومؤنة عند الامام والا فلا يحتاج الى بيان مكان الايفاء وان كانت ثيابا أو عروضا فالشرط بيان القدر والاجل والصفة لانه لا يثبت في الذمة الا مؤجلا هذا اذا لم تكن مشارا اليه وفي الهداية وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا فانها اذا كانت معينة تصلح أجرة ولا تصلح ثمنا كما اذا استأجر دارا بثوب معين فانه لا يصلح ثمنا لما تقرر في كتاب البيوع ان الاموال ثلاثة ثمن محض كالدراهم والدنانير ومبيع محض كالاعيان التي ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيل والموزون قال في العناية وفيه نظر لان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فاذا لم تصلح العين ثمنا كان بيعا بلا ثمن وهو باطل وأجيب بأن المراد بالثمن ما ثبت في الذمة واذا كانت الاجرة فلسا فغلا أو رخص قبل القبض فالاجرة الفلس لا غير وان كسدت فعليه قيمة المنفعة كذا عن أبي يوسف وكذا اذا كان الثمن مكيلا أو موزونا فانقطع عن أيدي الناس اه وأما اذا كانت حيوانا لا يجوز الا اذا كان معينا قال رحمه الله ﴿والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فيصح على مدة معلومة﴾ أي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كانت المنفعة معلومة فيجوز طالت المدة أو قصرت أو تأخرت بأن كانت مضافة أو تقدمت بأن كانت متصلة بوقت العقد ولان المنافع لا تصير معلومة الا بضرب المدة وقال بعضهم لا يجوز أن يضرب الى مدة لا يعيش اليها لأن الغالب كالمتحقق في حق الاحكام فصار كالثابت بعد فلا يجوز وبه كان يفتي القاضي أبو عصمة وبعض العلماء يجوز ضرب المدة التي لا يعيش الى مثلها ومنهم الخصاف قال في الخانية رجل قال لآخر أجرتك داري غدا بدرهم ثم أجرها اليوم وغدا وبعد غد من غيره ثلاثة أيام قبل مجيء الغد وأراد المستأجر الاول أن يفسخ الاجارة الثانية اختلف أصحابنا في رواية يفسخ الاجارة الثانية وبه أخذ نصير وفي رواية ليس له أن يفسخ وبه أخذ الفقيه أبو جعفر والفقيه

أبو الليث وشمس الأئمة الحلواني وعليه الفتوى فتفسخ في الأول مدته وإبقاء ما بقي له وفي الولوالجية أجر داره إجارة مضافة
بأن قال أجرتك داري مدة شوال وهما في رمضان ثم باعها من آخر والبيع موقوف على إجارة المستأجر وفي الخلاصة أجرتك
داري غدا فللمؤجر بيعها اليوم وينتقض الإجارة قال رحمه الله ﴿ولم يزد في الأوقاف على ثلاث سنين﴾ يعني لا يزاد على
هذه المدة خوفا من دعوى المستأجر أنها ملكه إذا تطاولت المدة وذكر بعضهم الحيلة في جواز الزيادة على ثلاث سنين
أن يعقد عقودا كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب أن فلان بن فلان استأجر وقف كذا كذا سنة في كذا
كذا عقدا وذكر صدر الإسلام أن الحيلة فيه أن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يجيزه هذا إذا لم ينص الواقف على مدة
فلو نص الواقف على مدة فهو على ما شرط قصرت المدة أو طالت لأن شرط الواقف يراعى كذا نقله الشارح وفي الخانية وإن
كان الواقف شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة يجب مراعاة شرطه ولا ينبغي جواز هذه الإجارة أكثر من سنة زاد في الذخيرة
إلا إذا كانت إجارتها أكثر من سنة أنفع للفقراء فحينئذ تؤجر أكثر من سنة إن لم يشترط الواقف شيئا قال الفقيه أبو جعفر
أجوزها في الثلاثة ولا أجوزها في أكثر من ذلك والصدر الشهيد حسام الدين كان يقول يفتى في الضياع بالجواز في ثلاث سنين
إلا إذا كانت المصلحة في عدم الجواز وفي غير الضياع يفتى بعدم الجواز فيما زاد على سنة إلا إذا كانت المصلحة في الجواز وهذا أمر
يختلف باختلاف الزمان والمواضع والمراد بعدم الجواز عدم الصحة وهل يصح ويفسخ ذكره القنية وإجارة الوقف ومال اليتيم
لا يجوز إلا بأجر المثل فلو أجر بدون أجرة المثل يلزم المستأجر تمام الأجرة وعليه الفتوى كذا في قاضيخان وإذا استأجر الوقف
فرخصت الأجرة لا يفسخ الإجارة وإن زادت أجرة مثلها بعد مضي بعض المدة ذكر في فتاوى أهل سمرقند أنه لا يفسخ العقد
وذكر في شرح الطحاوي أنه يفسخ العقد ويجدد على ما زاد ولو كانت الأرض بحال لا يمكن فسخها بأن كان فيها زرع فعلم حصة ما
قبل الزيادة يجب إلى انتهاء المدة وهذا إذا زادت عند الكل قال في شرح الفتح وفي أمثال الأملاك لا يفسخ العقد ويحتمل أجرة المثل
ولا زيادة باتفاق الروايات وفي الشرنبلالية في باب ما يجب من الأجر الخوري سئل عمن أجر منزلا لرجل والمنزل وقف على الآجر وعلى
أولاده فأنفق المستأجر في عمارة المنزل بأمر المؤجر قال إن كان للمؤجر ولاية على الوقف كان على المستأجر أجر مثله ولا يرجع بما
أنفق وإن لم يكن له ولاية على الوقف كان متطوعا فلا يرجع بشيء اهـ وقد وقعت حادثة الفتوى في واقف شرط في كتاب وقفه أن
لا تؤاجر وقفه من متجوه ولا من ظالم ولا من حاكم فأجر الناظر الوقف منهم بقالوا الأجرة بقدر أجرة المثل هل يجوز هذا العقد لأن
الواقف إنما منع خوفا على الأجرة من الضياع وعدم حصول النفع للفقراء أو لا يجوز فأجبت بالجواز أخذا من قول صاحب الذخيرة
إذا شرط الواقف مدة وإن كان نفع الفقراء في غيرها خالف شرط الواقف ويؤجره خلافه قال رحمه الله ﴿أو بالتسمية كالاستئجار
على صبغ الثوب وخياطته﴾ يعني المنفعة تعلم بالتسمية فيما ذكر من الصبغ والخياطة كما ذكر المؤلف وكذلك استئجار الدابة
للحمل والركوب ولأنه إذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنسه وجنس الخياطة والخيط ومن يركب على الدابة والقدر
المحمول عليها والمسافة صارت المنفعة معلومة بالتسمية فيصح العقد ومن هذا النوع الاستئجار على العمل كالقصارة ونحوه ومن
بعض فساد إجارة دواب المكارين في ديارنا لعدم بيان الوقت والموضع قال رحمه الله ﴿أو بالإشارة كالاستئجار على نقل هذا
الطعام إلى كذا﴾ يعني تكون المنفعة معلومة بالإشارة كما ذكر لأنه إذا علم المنقول والمكان المنقول إليه صارت المنفعة معلومة
وهذا النوع قريب من النوع الأول قال رحمه الله ﴿والأجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو بالتمكن
منه﴾ يعني الأجرة لا تملك بنفس العقد سواء كانت عينا أو دينا وإنما تملك بالتعجيل أو بشرطه أو باستيفاء المعقود عليه وهي
المنفعة أو بالتمكن من الاستيفاء بتسليم العين المستأجرة في المدة اهـ كلام الشارح والظاهر من إطلاق المتن والشارح أن
الأجرة تملك بالتمكن من الاستيفاء في المدة سواء استعملها في المدة أو لا وخالفه ما في الخلاصة حيث قال استأجر دابة ليركبها إلى مكان
كذا مثلا فحبسها في بيته لم يجب الأجرة اهـ والظاهر من إطلاق المؤلف رحمه الله تعالى أن الأجرة تجب باستيفاء المنفعة سواء كان
ذلك في مدة الإجارة أو بعد مدة الإجارة وسواء استأجرها ليركبها في المصر أو خارجه ويخالفه ما ذكره بعض العلماء حيث قال ولو
ذكر مدة ومسافة فركبها إلى ذلك المكان بعد مضي المدة لم تجب الأجرة اهـ وفي العتابية هذا إذا استأجرها ليركبها خارج المصر ولو
كان ليركبها في المصر وحبسها في بيته تجب الأجرة قال في المحيط والتمكن من الاستيفاء في غير المدة المضافة إليها لا يكفي لوجوب

الأجرة وكذا التمكن في غير المكان لا يكفي لوجوب الأجرة ولو قال رحمه الله تعالى أو بالتمكن من المنفعة في المدة واستوفى لكان أولى
وقال الإمام الشافعي تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة لأنها عقد معاوضة ولنا أنه عقد معاوضة فيقتضي
المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم وأحد البدلين وهو المنفعة لم يصر مملوكا بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك
في المعدوم ولو ملك الأجرة لملكها من غير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتأخر الملك فيه ضرورة جواز العقد لأن المنفعة عرض
لا يبقى زمانين والمنفعة إنما جعلت موجودة في حق الإيجاب والقبول وما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها لا يقال لو لم يجعل المعدوم
موجودا في حق العقد والأجرة لما جاز الإيجار بالدين لأنا نقول إنما جاز الإيجار بالدين لأن العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم تصر دينا
في المدة وإنما ينعقد في حق الارتباط وعند انعقاد العقد وهو زمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون دينا بدين أصلا ولو كان
العقد ينعقد في حق المنفعة لما جازت الإجارة بالدين المؤجل أصلا كما لا يجوز السلم به ولو جاز أن يجعل المعدوم كالمستوفى لجاز
ذلك في السلم أيضا وإذا عجلها أو اشترط تعجيلها فقد التزمه بنفسه وأبطل المساواة التي اقتضاها العقد قال في العناية واعترض
بأن شرط التعجيل فاسد لأنه يخالف مقتضى العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب أن كونه
مخالفا إما أن يكون من حيث كونه إجارة أو من حيث كونه معاوضة والأول مسلم وليس شرط التعجيل باعتباره والثاني
ممنوع فإن تعجيل البدل واشتراطه لا يخالف من حيث المعاوضة وفي المحيط وحينئذ فللمؤجر حبس المنافع حتى يستوفي الأجرة
ويطالبه بها أو بحبسه وحقه الفسخ إن الحاكم لم يمهل اهـ ولو أجر إجارة مضافة واشترط تعجيل الأجرة حيث يكون الشرط باطلا ولا يلزم
للحال شيء لأن امتناع وجوب الأجرة ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالإضافة إلى وقت في المستقبل والمضاف إلى وقت لا يكون
موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط وفيما نحن فيه إنما لا يجب لاقتضاء العقد المساواة وقد بطل بالتصريح لا يقال
يصح الإبراء عن الأجرة بعد العقد ولو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة بها وكذا لو تزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم
ليس لها أن تمنع نفسها ولو لم تملك المنفعة لمنعت نفسها لأنا نقول لا يصح الإبراء عن الثاني لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين
المؤجل لأنه ثابت في الذمة فجاز الإبراء عنه والجواب على قول محمد أنه وجد سببه فجاز الإبراء عنه كالإبراء عن القصاص بعد الجرح
والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب ألا ترى أنهما جائزان في البيع المشروط فيه الخيار وبالدين الموعود
وجازت الكفالة بالدرك وإنما لم يكن للمرأة أن تحبس نفسها بعد تسليم الدار إليها لأنه أوفى ما سمى لها فرضاها وفي المحيط ولو وهب
المؤجر أجرة رمضان هل يجوز قال محمد إن استأجره سنة لا يجوز وإن استأجره مشاهرة يجوز إذا دخل رمضان ولا يجوز قبله وعن
أبي يوسف لا يجوز إلا بعد مضي المدة ولو مضى من السنة نصفها ثم أبرأه عن الجميع أو وهبها منه فإنه يبرأ عن الكل في قول محمد وعند
أبي يوسف برئ عن النصف ولا يبرأ عن النصف اهـ وعبر المؤلف بقوله لا تملك لأن لفظ محمد في الجامع الأجرة لا تملك بنفس العقد
قال صاحب النهاية الأجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم
نفي الملك كالمبيع فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لأن محمدا ذكر
في الجامع الصغير أن الأجرة لا تملك وما لا يملك لا يجب إيفاؤه فإن قلت فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي الملك كان أعم منه وذكر العام
وإرادة الخاص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الأعم على الأخص أصلا وقال صاحب الهداية الأجرة لا تجب بالعقد قال تاج الشريعة
أي وجوب الأداء أما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الأداء وبيان ذلك
إجمالا وتفصيلا أما إجمالا فلأن الأجرة لو كانت عبدا فأعتقه المؤجر قبل وجود أحد المعاني الثلاثة لا يعتق ولو كان نفس الوجوب
ثابتا لصح الإعتاق كما في البيع اهـ وإذا لم يملك بنفس العقد ليس له أن يطالبه بالأجرة وفي المحيط لو طالبه بالأجرة عينا وقبض صار
لتضمنه تعجيل الأجرة وقال أيضا وإذا لم يبين وقتا لأخذ الأجرة يأخذ الأجرة يوما فيوما في العقار وفي المسافات كل مرحلة وفي
المنتقى رجل استأجر دابة بالكوفة إلى الري بدراهم أي النقدين يجب على المستأجر قال نقد الكوفة لأنه مكان العقد فينصرف مطلق
الدراهم إلى المتعارف فيها وفي العتابية وإذا عجل الأجرة إلى رب الدابة لا يملك الاسترداد ولو كانت الأجرة عينا فأعارها ثم أودعها إلى رب
الدار فهو كالتعجيل اهـ وفي شرح الطحاوي الأجرة لا تخلو إما أن تكون معجلة أو مؤجلة أو منجمة أو مسكوتا عنها فإن كانت
معجلة فله أن يملكها وله أن يطالب بها وإن كانت مؤجلة فليس له أن يطالب إلا بعد الأجل وإن كانت منجمة فله أن يطالب عند كل

عم وان كانت مسكونا فعلى ما تقدم بيان ذلك في العقار وفي المسافة اذا امتنع من الحمل فيأتي بحر عليه اه ملخصا وفي القنية استأجر
حانوتا مدة معلومة باجرة معلومة وسكن فخرب الحانوت في بعض المدة وتعطل وكان يمكنه الانتقال فلم يفعل وسكن المدة تلزمه جميع
الاجرة ولو استأجره ليحمل هذا الى موضع كذا فحمل نصف الطريق وأعاده الى مكانه الاول فلا أجر له استأجر دابة الى مكة فلم يركبها
ومضى راجلا ان كان بغير عذر في الدابة فعليه الاجرة وان كان لعذر في الدابة لا أجر عليه طالبه بالاجرة بعد المدة فقال قصرت في
العمل فلك بعض الاجرة وقال لم أقصر فله الاجرة كاملة استأجره ليحمل له العصير فحمله فاذا هو خمر قال أبو يوسف لا أجر له وقال محمد
ان علم أنه خمر فلا أجر له وان لم يعلم فله الاجر وفي الذخيرة من الفصل السابع والعشرين في الاختلاف لو اختلف المستأجر والآجر
بعد شهر والمفتاح مع المستأجر وقال لم أقدر على فتحه وقال المؤجر بل قدرت على فتحه وسكنت ولا بينة لهما يحكم الحال وان أقاما
بينة فالبينة بينة رب المنزل اه وفي القنية تسلم المفتاح في المصر مع التخلية قبض وفي السواد ليس بقبض وفي فتاوى الولوالجي
ولو استأجر دارا على عبد بعينه ثم وهب العبد من المستأجر قبل القبض وقال المستأجر قبلت كان ذلك اقالة ومراده بالمصنف الاجارة
المنجزة لان المضافة لا تملك الاجرة فيها بشرط التعجيل وقوله أو بالاستيفاء أو بالتمكن منه يعني يجب بالاستيفاء لما مر أو
بالتمكن وان لم يستوف وفي الهداية واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكن قال في النهاية وهذه مقيدة بقيود أحدها
التمكن فاذا لم يتمكن بأن منعه المالك أو الاجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا تجب الاجرة الثاني أن تكون الاجارة صحيحة فان
كانت فاسدة فلابد من حقيقة الانتفاع والثالث أن التمكن انما يجب أن يكون في مكان العقد حتى لو استأجرها الكوفة فسلمها
في بغداد حتى مضت المدة فلا أجر عليه والرابع أن يكون متمكنا في الاستيفاء في المدة ولو استأجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم
وذهب بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لم يجب الاجر لانه انما تمكن بعد مضي المدة وفي المحيط أمر رجلا أن يستأجر له دارا سنة
كاملة فاستأجرها وتسلمها الوكيل وسكنها هو سنة قال أبو يوسف لا أجر على المؤجر والاجرة على المأمور وقال محمد الاجر على
الموكل لان قبض وكيله كقبض نفسه والمأمور غاصب للسكنى فلا يجب عليه أجر قال رحمه الله ﴿فان غصبها غاصب منه سقطت
الاجرة﴾ يعني اذا غصب العين المستأجرة في جميع المدة غاصب سقطت الاجرة ولو في بعضها فبقدره لزوال التمكن من الانتفاع وهو
شرط لوجوب الاجرة كما بينا وهل تنفسخ بالغصب قال صاحب الهداية تنفسخ وقال فخر الاسلام في فتاواه والفضلي لا تنفسخ فاذا
أراد المستأجر أن يسكن بقية المدة ليس للمؤجر منعه اه وفي قاضيخان أيضا جاء المغصوب منه الى الغاصب وقال الدار داري ان لم
تخرج منها فهي عليك كل شهر بمائة درهم قال محمد ان كان الغاصب منكرا ويقول الدار لي ويسكن مدة فأقام المغصوب منه البينة
أنها داره فمضى له لا أجر عليه وان كان مقرا لزمه المسمى اه وفي الولوالجية رجل دفع ثوبا الى قصار ليقصره باجرة معلومة فجحد
القصار الثوب ثم جاء به مقصورا وأقر قال هذا على وجهين ان قصره قبل الجحود فله الاجر وان قصره بعد الجحود فلا أجر له ولو كان صباغا
والمسألة بحالها ان صبغه قبل الجحود فله الاجر وان صبغه بعده فرب الثوب بالخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد فيه وان شاء
ترك الثوب وضمنه قيمة ثوب أبيض اه وفي التتارخانية رجل استأجر دابة الى مكان معلوم فلما بلغ نصف المدة أنكر الاجارة لزمه
من الاجرة ما قبل الانكار ولا يلزم ما بعده وهو قول الثاني وقال محمد لا يسقط عنه الاجرة بنفس الانكار ولو كان عبدا والمسألة بحالها
وقيمة العبد يوم العقد ألفان ويوم الجحود ألف فهلك العبد في يده بعدما مضت السنة فالاجرة لازمة وتجب كل الاجرة ويجب عليه
قيمة العبد وينبغي أن يكون هذا على قول محمد وعلى قول الثاني لما جحد فقد أسقط الاجر وفي المحيط لو غرقت الارض أو انقطع عنها
الشرب أو مرض العبد سقط من الاجر بقدره لفوات التمكن من الانتفاع في المدة ولو استأجر دارا سنة فلم يسلمها الآجر حتى مضى
شهر لم يكن لاحدهما الامتناع عن التسليم في الثاني لان الاجارة وان كانت عقدا واحدا حقيقة لكنها عقود متفرقة مضافة الى ما يوجد
من المنفعة ومن المشايخ من قال هذا اذا لم يكن في مدة الاجارة وقت يرغب في الاجارة لاجله فان كان وقت يرغب في الاجارة لاجله
زيادة رغبة كحانوت في سوق رواجه في بعض السنة أو دار بمكة تستأجر سنة لاجل الموسم ولم تسلم في الوقت الذي يرغب لاجله فانه يخير
في الباقي دفعا للضرر عنه اه قال رحمه الله ﴿ولرب الدار والارض طلب الاجرة كل يوم وللجمال كل مرحلة﴾ يعني اذا
وقعت الاجارة مطلقة ولم يتعرض فيها لوقت وجوب الاجرة فللمؤجر ما ذكره والاصل فيه أن الاجارة معاوضة والملك في المنافع يتبع
ثبوته زمان العقد وكذا الملك في الاجرة على ما بيناه وكان الامام أولا يقول في جميع أنواع الاجارة لا تجب الاجرة حتى يستوفي المنفعة

ثم رجع لما ذكرنا وكان القياس أن تجب الاجرة ساعة فساعة الا أنه يفضي الى الحرج فتركناه لهذا وفي الخلاصة امرأة أجرت
دارها من زوجها ثم أسكنها فيها لا تجب الاجرة ولو استأجر دارا شهرا وسكن فيها مع صاحب الدار الى آخر الشهر فقال المستأجر لا أدفع
الاجرة لعدم التخلية فعليه من الاجرة بقدر ما في يده لوجود التخلية فيها اهـ ولو عبر بالفاء التفريعية لكان أولى ليفيد أنه متفرع
على الاستيفاء والتمكن قال رحمه الله ﴿وللخياط والقصار بعد الفراغ من عمله﴾ يعني اذا وقعت الاجارة مطلقة عن وقت وجوب
الاجرة فللعامل أن يطالب بعد ما ذكر المؤلف وأطلق في قوله بعد الفراغ فأفاد أنه لا فرق بينهما اذا عمل في بيت نفسه أو في بيت المستأجر
كما ذكره صاحب الهداية وصاحب التحفة بدون ذكر في المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع
الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي اذا خاط في بيت المستأجر تجب الاجرة له بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه
يستحق الاجرة بحسابه واستشهد في الاصل لهذا بما اذا استأجر انسانا ليبني له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله أجر ما بنى فهذا يدل على
أنه يستحق الاجرة ببعض العمل الا أن يشترط فيه التسليم الى المستأجر ونقل هذا عن الكرخي وجزم به في غاية البيان وكان
هو المذهب ففي سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلما له بمجرد تسليم الدار وقطع المسافة وفي الخياطة ونحوها لا يكون مسلما
اليه الا اذا سلمه الى صاحبه حقيقة وفي الخياطة في منزل المستأجر يحصل التسليم بمجرد العمل اذ هو في منزله والمنزل في يده ولا يحتاج
الى تسليم ليده و يعرف ثبوت الاجرة بقول أهل الخبرة بها والخيط والابرة على الخياط حيث كان العرف ذلك قال رحمه الله
﴿وللخباز بعد اخراج الخبز من التنور﴾ يعني اذا أطلق الاجرة ولم يبين وقتها فللخباز أن يطالب بها بعد اخراج الخبز من التنور
لانه باخراجه قد فرغ من عمله فيملك المطالبة كالخياط اذا فرغ من العمل حتى اذا خبزه في بيت المستأجر لانه صار مسلما اليه
بمجرد الاخراج فيستحق الاجرة وان كان في منزل الخباز لم يكن مسلما بمجرد الاخراج من التنور ولا بد من التسليم الى يده وفي
المحيط استأجر دابة ليطحن عليها كل يوم عشرة أقفزة فوجدها لا تطيق الا خمسة فله الخيار وعليه الاجر بحساب ما عمل من
الايام ولا يحط من الاجر شيأ لان الاجارة وقعت على الوقت لا على العمل فلا توزع الاجرة على العمل وفي المسئلة اشكال على قول
الامام لانه اذا استأجر خبازا ليخبز له اليوم بدرهم يكون فاسدا والفرق أن مقدار العمل في باب الطحن في العرف والعادة لا يذكر
لتعليق العقد بالعمل وانما يذكر لبيان قوة الدابة فبقيت الاجارة على الوقت وفي الخبز يذكر مقدار العمل لتعليق العقد بالعمل
لا لبيان قوة الخباز فيصير العقد مجهولا فيفسد قال رحمه الله ﴿فان أخرجه فاحترق فله الاجر ولا ضمان عليه﴾ يعني اذا أخرج
الخبز من التنور ثم احترق هذا اذا خبز في منزل المستأجر لانه بمجرد الاخراج صار مسلما ولا يجب عليه الضمان اذا هلك بعد ذلك
بالاجماع لانه هلك بعد التسليم ولو احترق في التنور قبل الاخراج قال في النهاية يضمن لانه جناية يده وان كان الخباز يخبز في منزل
نفسه لا يستحق الاجر بالاخراج ولا يجب عليه الضمان عند الامام وعندهما يجب الضمان واذا صار ضامنا فالمالك بالخيار ان شاء
ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح لان ذلك صار مستهلكا
قبل وجوب الضمان عليه وحين ما وجب عليه الضمان كان رمادا قال رحمه الله ﴿وللطباخ بعد الغرف﴾ يعني للطباخ أن يطالب
بالاجرة بعد الغرف لان العرف عليه وهذا اذا طبخ للوليمة أو للعرس فان كان يطبخ قدرا خاصا فليس عليه الغرف لان العادة لم تجر
به والمعتبر هو العرف وفي التتارخانية وان استأجر دابة للحمل في الاكاف والجوالق يعتبر العرف ولو للركوب ففي اللجام والسرج
يعتبر العرف وفي ادخال الطعام المنزل واخراج الحمل يعتبر العرف واحثاء التراب على القبر على الحمار وحمل الثوب على القصار
قال رحمه الله ﴿وللبان بعد الاقامة﴾ يعني اذا استأجره ليضرب له لبنا في أرضه يستحق الاجرة اذا أقامه عند الامام وقالا
لا يستحق حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله لانه لا يؤمن عليه الفساد الا به ولانه هو الذي يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط
وقولهم استحسان وللامام ان العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا أفسده المطر ونحوه بعد الاقامة
فعنده تجب الاجرة وعندهما لا تجب هذا اذا لبن في أرض المستأجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة أو بالتشريج على اختلاف الاصلين
ولو لبن في أرض نفسه لا يستحق الاجرة حتى يسلمه اليه وفي الجوهرة وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا أتلف اللبن قبل التشريج فعند
الامام هلك من مال المستأجر وعندهما من مال الاجير والتشريج أن يركب بعضه على بعض بعد الجفاف قال رحمه الله ﴿ومن لعمله
أثر في العين كالصباغ والقصار يحبسها للاجر﴾ يعني لمن ذكر أن يحبس العين اذا عمل حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف

فى المحل فيكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى البيع قال فى النهاية القصار اذا ظهر عمله باستعمال النشا كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله الا ازالة الدرن اختلفوا فيه والاصح أن له الحبس على كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بعمله فكان كأن هالكا وقال زفر ليس له الحبس لانه صار متصلا بملك الآخر كما لو أمر شخصا بان يرقع له أرضه بتراب من عنده ففعل فرفعها المأمور صار قابضا باتصاله بملكه فصار كما اذا صبغ فى بيت المستأجر قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه فى تحقيق عمل الصنع وعوضه من الاثر فى المحل اذ لا وجود للعمل الا به فكان مضطرا اليه وليس هذا كصبغه فى بيت المستأجر لان العين فى يد المستأجر فيكون راضيا بالتسليم لانه كان يمكنه التحرز عنه بان يعمل فى غير بيته وفى الخلاصة الا اذا كانت الاجرة مؤجلة وقبل العمل فليس له الحبس اهـ والمراد بالاثر أن يكون الاثر متصلا بمحل العمل كالنشا والصبغ وقيل أن يرى ويعاين فى محل العمل وثمرة الخلاف تظهر فى كسر الحطب وحلق رأس العبد فليس له الحبس على الاول وله الحبس على الثانى قال رحمه الله ﴿وان حبس فضاع فلا ضمان عليه ولا أجر﴾ أما عدم الضمان فلأن العين أمانة فى يده وله حبس العين شرعا فلم يكن به متعديا فلا يجب عليه الضمان ولا يجب الاجر لان المعقود عليه هلك قبل التسليم وهو يوجب سقوط البدل كما فى البيع وهو قول الامام أحمد وعندهما يضمن العين لانها كانت مضمونة عليه قبل الحبس فلا يسقط ذلك بالحبس وصاحب العين بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له لان العمل لم يسلم اليه وان شاء ضمنه قيمته معمولا وله الاجر لان العمل صار مسلما اليه بتسليم بدله ولو أتلف الاجير الثوب يتخير صاحب الثوب فى التضمين كما تقدم فى المصرات فان حبس العين من ليس له حق الحبس فهلكت ضمنها ضمان الغاصب والمؤاجر يخير ان شاء ضمنه قيمتها معمولا واعطاه الاجير أجرته وان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا يعطى الاجير اهـ وفى فتاوى أبى الليث نساج نسج ثوبا فمنعه ليأخذ الاجرة فقال له صاحب الثوب اذهب به الى منزلك فاذا فرغت من الجمعة دفعت لك الاجرة فاختلس الثوب من يد النساج فى المراجعة قال ان كان الحائك دفع الثوب اليه ودفعه للحائك على وجه الرهن وهلك الثوب هلك بالاجرة وان دفعه اليه على وجه الوديعة فهلك هلك على الامانة والاجر على حاله لانه سلم العمل الى صاحبه فيقرر عليه الاجر وفى المنتقى حائك عمل ثوبا بالاجر فتعلق الامر فيه ليأخذه فأبى الحائك أن يدفعه حتى يأخذ الاجرة فتخرق من يد صاحبه لا ضمان على الحائك وان تخرق من يديهما فعلى الحائك نصف ضمان الخرق اهـ وفى الخانية ولو جاء الحائك بالثوب الى صاحبه فقال له رب الثوب امسك حتى أفرغ من العمل وأعطيك الاجر فسرق منه لا يضمن اهـ وفى الخانية السمسار اذا باع شيأ من الثياب بامر ربها وأمسك الثمن حتى يعطى الاجرة فسرق منه الثمن لا يضمن اهـ وفى الحاوى رجل أقرض آخر دراهم فاستأجر منه داره مدة معلومة باجرة معلومة وجعل الاجر بعض الدين قصاصا ومضت مدة الاجارة هل للمقرض أن يحبس العين بعد انقضاء المدة قال ليس له المنع وفى السغناقى لو تزوج امرأة على سكنى دار سنة فسلم الدار اليها ليس لها أن تحبس نفسها عنه اهـ وفى الولوالجية اذا أجر داره سنة وعجل الاجرة ولم يسلم الى المستأجر حتى مات الآجر وانفسخ العقد لا يكون للمستأجر ولاية الحبس فى الاجرة المعجلة ولو كانت الاجارة فاسدة وفسخا العقد بسبب الفساد ليس للمستأجر أن يحبس العين بالدين السابق وفى الخلاصة وفى الاجارة الفاسدة للمستأجر حق الحبس لاستيفاء الاجرة المعجلة قال رحمه الله ﴿ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للاجر﴾ يعنى ليس له أن يحبس للاجر لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض يفنى ولا يتصور بقاؤه واختلفوا فى غسل الثوب بحسب اختلافهم فى القصار بلا نشا كما تقدم وفى شرح القدورى قال أبو يوسف فى الحمال اذا طلب الاجرة ما بلغ المنزل قبل أن يضعه ليس له ذلك اهـ وفى الفتاوى استأجر حمالا ليحمل له الى بلدة كذا فلما حمله قال له صاحب الحمل أمسكه عندك فهلك فلا ضمان عليه بلا خلاف قال رحمه الله ﴿ولا يستعمل غيره ان شرط عمله بنفسه﴾ يعنى ليس للاجير أن يستعمل غيره اذا شرط عليه أن يعمل بنفسه لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما اذا كان المعقود عليه المنفعة كما اذا استأجر رجلا للخدمة شهرا لا يقوم غيره مقامه فى الخدمة ولا يستحق به الاجر قال رحمه الله ﴿وان أطلق له أن يستأجر غيره﴾ لان الواجب عليه عمل مطلق فى ذمته ويمكن الايفاء بنفسه وبغيره كالمأمور بقضاء الدين قال رحمه الله ﴿وان استأجره ليجىء بعياله فمات بعضهم فجاء بمن بقى فله الاجر بحسابه﴾ لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه أبو جعفر الهندوانى هذا اذا كانوا معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر اهـ وفى الخلاصة واذا كانوا غير معلومين فالاجارة فاسدة وفى النهاية نقلا عن الفضلى اذا استأجره

في المصر ليحمل له الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد ان كان قال استأجرتك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهاب وان قال استأجرتك حتى أحمل الحنطة من القرية لا يجب شيء لان الاجارة على الحمل لا غير وفي الاول على الذهاب والحمل وعزاه الى الذخيرة وروى هشام عن محمد لا أجر ومثله في السفينة اهـ كلام الشارح وفي التتارخانية من باب ما يستحق الفارس استأجره ليحمل له كذا كذا من المطمورة فذهب فلم يجد المطمورة استحق نصف الاجرة اهـ فظاهره أنه لا فرق كما ذكره الشارح قال رحمه الله ﴿ولا أجر لحامل الكتاب للجواب ولا لحامل الطعام ان ردّه للموت﴾ يعني اذا استأجره ليذهب بطعامه الى فلان بمكة أو ليذهب بكتابه اليه ويجيء بجوابه فذهب فوجده ميتا فردّه فلا أجر له لانه نقض المعقود عليه بالرد فصار كأنه لم يعمل فلا يستحق الاجر وقال زفر له الاجر في الطعام لان الاجرة مقابلة بحمل الطعام الى مكة وقد وفى بالمشروط عليه فاستحقت الاجرة وقال محمد له الاجر بالذهاب في نقل الكتاب لانه أوفى بعض المعقود عليه فله الاجرة مقابلة بالجواب والنقل ولم يوجد ولم يأت بالمعقود عليه فلا أجر له كما لو نقض الخياط الخياطة بعد الفراغ من العمل ولو وجده غائبا أو كما لو وجده ميتا لتعذر الوصول اليه ولو ترك الكتاب هناك ليوصله اليه أو الى ورثته فله الاجر في الذهاب لانه أتى بأقصى ما في وسعه قال في المحيط ولو استأجر رسولا ليبلغ رسالته الى فلان ببغداد فلم يجده ولا بلغها فله الاجر لان الاجر بقطع المسافة لانه أتى بما في وسعه وأما الاستماع فليس في وسعه فلا يقابله الاجر وفي الخلاصة ولو استأجره ليبلغ الرسالة الى فلان بالبصرة فذهب الرجل ولم يجد المرسل اليه أو وجده لكن لم يبلغ الرسالة ورجع فله الاجر اهـ أقول لعله لم يبلغ الرسالة لعدم تمكنه من التبليغ فهو عذر قال في الخلاصة والفرق بين الرسالة والكتاب أن الرسالة قد تكون سرا لا يرضى المرسل أن يطلع عليها غيره أما الكتاب فمختوم قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني لا نسلم الفرق بل هما سواء في الحكم اهـ وفي المحيط استأجر خياطا ليخيط له قميصا فخاطه ففتقه رجل قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر له لانه تلف قبل التسليم ولا يجبر الخياط على أن يعيده فان كان الخياط فتقه يجبر على عوده استأجره ليحمل طعاما الى موضع كذا فردّ السفينة انسان فلا أجر للملاح وليس له أن يعيد السفينة وان ردّها الملاح بنفسه لزمه الرد ولو استأجر سفينة مدة معلومة فانقضت المدة في اثناء البحر ترك السفينة في يده الى بلوغ ذلك المكان ولو استأجر سفينة لحمل طعام الى موضع كذا فلما بلغت السفينة الموضع أو بعضه ردّها الريح الى الموضع الذي اكتراها منه قال محمد ان كان صاحب الطعام معه فعليه الاجر كله أو بحصته بقدر ما بلغ وان لم يكن صاحب الطعام معه فلا أجر عليه لانه انتقض الحمل بالرد فلم يستوف المعقود عليه وكذا لو اكترى بغلا الى موضع كذا فلما سار بعض الطريق جمح وردّه الى الموضع الذي خرج منه فعليه من الكراء بقدر ما سار لانه صار مستوفيا المنفعة بنفسه ولا يسقط عنه البدل بعد التسليم قيد بقوله للجواب لانه لو لم يشترط الرد للجواب قال الحدادي ولو تركه حتى يوصله اليه حيث كان غائبا أو الى ورثته حيث كان ميتا استحق الاجر كاملا اهـ قال ولو شرط عليه الجواب فدفعه اليه فلم يقرأه حتى عاد من غير جواب له الاجر كاملا لانه أتى بما في وسعه ولو لم يجده أو وجده ولم يدفع له بل رد الكتاب فلا أجر له ولو نسي الكتاب هناك لا يستحق أجرة الذهاب اهـ والله تعالى أعلم

﴿باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها﴾

قال في النهاية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز وفي غاية البيان لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت استحقاق الاجرة ذكر ما يجوز من الاجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للمؤجر وما لا يعد خلافا قال رحمه الله ﴿صح اجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها﴾ والقياس أن لا تجوز هذه الاجارة حتى يبين ما يعمل فيها لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحوانيت تصلح لاشياء مختلفة فينبغي أن لا تجوز حتى يبين ما يعمل فيها كاستئجار الارض للزراعة والثياب للبس وجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى والمتعارف كالمشروط ولان اجارتها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجازت اجارتها مطلقا بخلاف الاراضي والثياب لانهما يختلفان وعبارة المؤلف أحسن من عبارة صاحب الهداية حيث زاد للسكنى لسلامته عما أورد على هذا اللفظ قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص على هذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى اهـ كلامه قال صاحب غاية البيان ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وله أن

يعمل فيها كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري اهـ وقول تاج الشريعة لو نص على السكنى ليس له أن
يعمل غيرها كما سيأتي ليس بظاهر لأنه لو عمل غيرها مما هو أنفع من السكنى بأن خزن فيها برا أو غيره يجوز لأن التقييد فيما لا يتفاوت
لا يعتبر ولو استحق المستأجر من يد المستأجر وقد هلك عنده وضمنه يرجع على الذي أجره ولا أجر عليه فيما استعمله لأن الأجرة
والضمان لا يجتمعان قال رحمه الله ﴿وله أن يعمل فيها كل شيء﴾ لما ذكرنا من أنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فله أن
يعمل فيها ما شاء عند الإطلاق وله أن يسكن غيره معه أو منفردا لأن كثرة السكان لا يضر بها بل يزيد في عمارتها لأن خراب المسكن
بترك السكان وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر
الحطب لأن ذلك كله من توابع السكنى وذكر في النهاية أنه لا يدخل الحيوان في عرفنا لأن المنازل ضيقة اهـ ويربطها على الباب
فإن أجره بعض الدار يربطها في الصحن وليس للمؤجر أن يدخل دابته الدار بعدما أجرها ولو كان فيها بئر أو بالوعة فسدت لا يجبر
على إصلاحها ولو بنى المستأجر تنورا في الدار المستأجرة فاحترق شيء من الدار لم يضمن كذا في الخلاصة وفي المحيط وله أن يربط
الدابة إن كان في الدار سعة أما إن كانت ضيقة فلا ولو استأجر دارا على أن يسكنها وحده فله أن يترك امرأته معه لأنه شرط لا فائدة
فيه اهـ وفي الخلاصة وإذا ربط الدابة فضربت إنسانا أو هدمت الحائط لم يضمن اهـ قال رحمه الله ﴿إلا أنه لا يسكن حدادا أو
قصارا أو طحانا﴾ لأن في نصب الرحى واستعمالها في هذه الأشياء ضررا ظاهرا لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة
والمراد بالرحى رحى الماء والثور وأما رحى اليد فلا يمنع منها إلا إذا أضر بالبناء وفي الحدادي رحى اليد إذا ثبتت في الحائط يمنع منها
وله أن يكسر فيها الحطب الكسر المعتاد وله أن يطبخ فيها الطبيخ المعتاد وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك إلا برضا
صاحب الدار وينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل فظهر أن الحاصل كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن
وكل ما لا ضرر فيه جاز بمطلق العقد واستحقه به ولم يتعرض المؤلف لبيان ما يجب عليه إذا فعل ذلك ونحن نبينه ولو أقعد حدادا
فهدم البناء بعمله وجب الضمان لأنه متعد ولا أجر لأن الضمان والأجر لا يجتمعان ولو لم ينهدم وجب عليه الأجر استحسانا والقياس
أن لا يجب لأن هذا العمل غير داخل تحت العقد ووجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة أجرتها السكنى وزيادة
فيصير مستوفيا للمعقود عليه فيجب عليه الأجر بشرط السلامة فصار نظير ما لو استأجر دابة ليحمل عليها قدرا معلوما فزاد عليها
وسلمت الدابة فإنه يجب عليه الأجر ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لأنه أنكر الإجارة ولو أقاما البينة
كانت بينة المستأجر أولى وفي الخلاصة ولو استأجر ليقعد قصارا فله أن يقعد حدادا إن كان ضررهما واحدا وفي المحيط أو كان ضرر
الحداد أقل وإن كان أكثر فليس له ذلك وكذلك الرحى اهـ [illegible] لأن استئجار البناء وحده لا يجوز في ظاهر الرواية لأنه لا ينتفع
به وحده وفي القنية وينبغي جواز استئجار البناء وحده إذا كان ينتفع به كالجدار للنصب ولو أجره المستأجر من المؤجر لم يجز والأصح
أن العقد ينفسخ بالإجارة قال رحمه الله ﴿والأراضي للزراعة إن بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع ما شاء﴾ يعني يجوز استئجار
الأرض للزراعة إن بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما يشاء لأن منفعة الأرض مختلفة باختلاف ما يزرع فيها لأن منه ما ينفع
كالبرسيم في ديارنا وما يضر كالقمح مثلا فلا بد من بيانه أو يقول له ازرع فيها ما شئت كيلا يفضي إلى المنازعة ولو لم يبين ولم يقل له ازرع
فيها ما شئت فسدت الإجارة للجهالة ولو زرعها لا تعود صحيحة في القياس وفي الاستحسان يجب المسمى وتنقلب صحيحة لأن
المعقود صار صحيحا معلوما بالاستعمال وصار كما لو استأجر ثوبا ولم يبين اللابس ثم ألبس إنسانا عادت صحيحة لما ذكرنا وفي القنية
استأجر أرضا سنة على أن يزرع فيها ما شاء فله أن يزرع فيها زرعين ربيعيا وخريفيا وفي الجوهرة ولا بأس باستئجار الأرض
للزراعة قبل ريها إن كانت معتادة للري في مثل هذه المدة التي عقد الإجارة عليها وإن جاء من الماء ما يزرع به البعض فالمستأجر
بالخيار إن شاء نقض الإجارة كلها وإن شاء لم ينقض وكان عليه من الأجر بحساب ما روي منها اهـ وفي القنية ولو استأجرها
ولا يمكنه الزراعة في الحال لاحتياجها إلى السقي وكري الأنهار أو مجيء الماء فإن كان بحال يمكنه الزراعة في مدة العقد جاز وإلا فلا
كما لو استأجرها في الشتاء تسعة أشهر ويمكن زراعتها في الشتاء جاز لما أمكن من المدة ما دام يمكن الانتفاع بها أصلا فإن كانت
سبخة فالإجارة فاسدة وفي مسألة الاستئجار في الشتاء يكون الأجر مقابلا بكل المدة لا بما ينتفع به فحسب وقيل بما ينتفع به اهـ
واعلم أن الأرض لا ينحصر استئجارها بالزراعة والبناء والغرس كما توهمه المتون فقد صرح في الهداية بأن الأرض تستأجر للزراعة

وغيرها وقال في غاية البيان أراد بغير الزراعة البناء والغرس وطبخ الآجر والخزف ونحو ذلك من سائر الانتفاعات بالأرض اهـ فإذا عرفت ذلك ظهر لك صحة الإجارات الواقعة في زماننا من أنه يستأجر الأرض مقيلا ومراحا قاصدا بذلك إلزام الأجرة بالتمكن منها مطلقا سواء شملها الماء وأمكن زراعتها أو لا ولا شك في صحته لأنه لم يستأجرها للزراعة خصوصا حتى يكون عدم ريها عيبا تفسخ به وفي الولوالجية استأجر أرضا ليلبن فيها فالإجارة فاسدة ثم هي على وجهين إن كان للتراب قيمة ضمن قيمته ويكون اللبن له وإن لم يكن له قيمة فلا شيء عليه واللبن له وضمن نقصان الأرض إن نقصت وفي فتاوى قارئ الهداية إن إجارة الأرض المشغولة بزرع الغير إن كان الزرع بحق بأن كان بأجرة لا يجوز أن يؤجرها ما لم يستحصد الزرع إلا أن يؤجرها مضافة إلى المستقبل وإن كان الزرع بغير مستند شرعي صحت الإجارة لأن الزرع في هذه الصورة واجب القلع فإن المؤجر في هذه الصورة قادر على تسليم ما أجره ويجبر صاحب الزرع على قلعه سواء أدرك أم لا لأنه لا حق لصاحبه في إبقائه اهـ والدار المشغولة بمتاع الساكن الذي ليس بمستأجر تصح إجارتها وابتداء المدة من حين تسليمها فارغة كذا في القنية وفي الخلاصة ولو أجر الأرض المزروعة ثم سلمها بعدما فرغ وحصد ينقلب جائزا ولو قال المستأجر أجرت منك الأرض وهي فارغة وقال المؤجر لا بل هي مشغولة بزرعي يحكم الحال كذا في المنتقى وفي فتاوى الفضلي القول قول الآجر اهـ وللمستأجر الشرب والطريق لأنه لا ينتفع بعقد الإجارة إلا بهما بخلاف البيع لأن المقصود ملك الرقبة لا الانتفاع ولهذا صح بيع الجحش والمهر والأرض السبخة وفي شرح الطحاوي وإن أجر المستأجر بأكثر مما استأجر فإن كانت الأجرة من جنس ما استأجر به ولم يزد في الدار شيئا لا تطيب له الزيادة ويتصدق بها فإن زاد شيئا آخر طابت له الزيادة أو أجر بخلاف جنس ما استأجر به والكنس ليس بزيادة قال رحمه الله ﴿وللبناء والغرس إن بين مدة﴾ يعني جاز استئجار الأرض للبناء والغرس إن بين مدة لأن المنفعة معلومة والمدة معلومة فتصح كما لو استأجرها للزراعة وفي المحيط دفع أرضه إلى رجل ليغرس أشجارا على أن تكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر لرب الأرض وعليه قيمة الشجر وله أجر ما عمل ولا يؤمر بقلعه وهذه إجارة فاسدة لأنه جعل أجرة ما يخرج من العمل وعلى رب الأرض قيمة الأشجار لأنه صار مستقرضا للأشجار منه وتقابضا حكما واستقراض الأشجار لا يجوز فيكون قرضا فاسدا فيوجب الملك إذا اتصل به القبض وفي القنية من الوقف ولا يجوز استئجار [illegible] ليبني به غرفة لنفسه إلا أن يزيد في الأجرة ولا يضر بالبناء وإن كان لا يرغب المستأجر إلا على هذا الوجه جاز من غير زيادة في الأجرة إذا قال القيم أو المالك أذنت لك في عمارتها فعمر بإذنه يرجع عليه وعلى الوقف هذا إذا كان يرجع نفعه إلى الوقف والمالك وإن كان يرجع إلى المستأجر وفيه ضرر كالبالوعة والتنور فإنه لا يرجع إلا إذا شرط الرجوع قال رحمه الله ﴿فإن مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة﴾ يعني إذا مضت مدة الإجارة قلع البناء والغرس وسلم الأرض إلى المؤجر فارغة لأنه يجب عليه تفريغها وتسليمها إلى صاحبها فارغة وذلك بقلعها في الحال لأنه ليس له غاية تعلم بخلاف ما إذا كانت للزراعة وانقضت المدة والزرع لم يدرك حيث يترك على حاله إلى الحصاد بأجر المثل لأن له غاية معلومة فأمكن مراعاة الجانبين وبخلاف ما إذا مات أحد المتعاقدين في المدة والزرع لم يدرك حيث يترك بالأجرة على حاله إلى الحصاد وإن بطلت الإجارة فكان تركه بالمسمى وإبقاء العقد على ما كان أولى من النقض وإعادته وبخلاف ما إذا غصب أرضا وزرعها حيث يؤمر بالقلع وإن كان له نهاية لأن ابتداءه وقع ظلما والظلم يجب إعدامه لا تقريره والقياس أن يقلع في الأمور كلها لأن الأرض ملكه ولا تؤجر بغير إذنه ووجه الاستحسان هو الفرق بين البناء والغرس والزرع ما تقدم وفي القنية والخصاف استأجر أرضا وقفا ليبني فيها أو يغرس ثم مضت مدة الإجارة فللمستأجر أن يستبقيها بأجرة المثل إذا لم يكن في ذلك ضرر ولو أبى الموقوف عليه إلا القلع فليس له ذلك اهـ ومن هنا علم حكم الاستحكار وهذا وارد على إطلاق المؤلف وفي المحيط وإذا انقضت المدة وفي الأرض غراس أو رطبة يؤمر بالقلع لأنه ليس لها نهاية قال رحمه الله ﴿إلا أن يغرم المؤجر قيمته مقلوعا ويتملكه﴾ يعني إذا مضت المدة يجب عليه قلع البناء والغرس إلا أن يغرم المؤجر قيمة ذلك إلى آخره هذا إذا كانت الأرض تنتقص بالقلع لأن الواجب دفع الضرر عنهما فيه دفع الضرر عن صاحب الغرس والبناء بدفع القيمة له وعن صاحب الأرض بالتملك بالقيمة وإن كانت لا تنقص فليس له ذلك إلا برضا صاحبه لاستوائهما في ثبوت الملك وعدم المرجح وليس لرب الأرض أن يتملك الغراس جبرا على صاحبه إذا لم يكن في قلعه ضرر فاحش قال رحمه الله ﴿أو يرضى بتركه فيكون البناء والغرس لهذا والأرض لهذا﴾ لأن الحق لرب الأرض فيترك ذلك بأجرة أو بغير أجرة فإن تركها عارية فله أن يؤجرها لأجنبي وفي القنية من الوقف بنى في الدار بغير إذن

القم وزرع الساه يصير مأذوناً فيه شرعاً لتسليم على دفع اعيمه الماء وتجوز ليستأجر الوقف غرس الاشجار والكرم به ان اذا لم يكن
يضر بأرض الوقف وعن الشيخ الامام ولي الدين في أرض الوقف عليها بدفعها خيرا قال رحمه الله ﴿والرطبة كالشجر﴾ وقد تقدم بيانه
قال رحمه الله ﴿والزرع يترك بأجرة المثل الى أن يدرك﴾ وقد تقدم بيانه بخلاف موت أحدهما قبل ادراك الزرع فانه يترك بالمسمى
على حاله الى الحصاد والمستعير كالمستأجر وفي القنية والمراد بقول الفقهاء يترك بأجرة المثل الى الحصاد تعقداً أو تقضاء فلا يجب
الاجر الا بأحدهما وهذا احسن حفظه اه قال رحمه الله ﴿والدابة للركوب والحمل والثوب للبس﴾ يعني يجوز استئجار هذه
الاشياء لما ذكرنا عين الراكب والحمل أو أطلق لان لها منافع معلومة قيد بالركوب ليحترز عما اذا استأجرها كما تقدم وباللبس
ليحترز عما اذا استأجر الثوب ليزين به دكانه كما تقدم وفي الذخيرة استأجر دابة ليحمل عليها حنطة من موضع كذا الى منزله
وكان كلما رجع ركبها فعطبت الدابة قال أبو بكر الرازي يضمن لانه استأجرها للحمل دون الركوب فكان غاصباً بالركوب وقال
الفقيه أبو الليث في الاستحسان لا يضمن لان العادة جرت بين الناس بذلك فصار مأذوناً فيه ثم شرع يبين أن الاجارة تكون
مطلقة وتارة تكون مقيدة فقال رحمه الله ﴿فان أطلق أركب وألبس من شاء﴾ يعني اذا أطلق له الركوب واللبس جاز له أن يركب
الدابة ويلبس الثوب من شاء المراد بالاطلاق أن يقول على أن يركب من شاء ويلبس من شاء اه كلام الشارح وفسر الاطلاق
بهذا تاج الشريعة وصاحب العناية والغاية وفسر صاحب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الاطلاق بأن يقول استأجرتها للركوب ولم
يزد عليه أو للبس ولم يزد عليه اعلم أن استئجار الدابة والثوب على ثلاثة أضرب الاول أن يقول عند العقد استأجرتها للركوب أو
اللبس ولم يزد عليه والثاني أن يزيد في قوله على أن أركب من أشاء وألبس من أشاء والثالث أن يقول على أن أركب أنا أو فلان
أو ألبس أنا أو فلان ففي الوجه الاول يفسد العقد لان الركوب واللبس يختلفان اختلافاً فاحشاً فان أركب شخصاً ومضت المدة
ينقلب صحيحة ويجب المسمى استحساناً لانه ارتفع الموجب للفساد وهو الجهالة ولا ضمان عليه ان هلكت لانه غير متعد وفي الوجه
الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين أول من يركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين من الاصل فصار كأنه نص عليه ابتداء
وفي الثالث ليس له أن يتعداه لان التعيين مفيد فاذا تعدى صار ضامناً وحكم الحمل حكم الركوب في جميع ما ذكرنا وفي قاضيخان
استأجرت المرأة درعاً تلبسه ثلاثة أيام ان كان الثوب بذلة كان لها أن تلبسه في الايام والليالي وان كانت صيانة تلبسه في النهار وفي أول
الليل وآخره وليس لها أن تلبسه كل الليل فان لبسته كل الليل ونامت فيه حتى جاء النهار برئت من الضمان ان لم يتخرق اه
وفي المقالي استأجر دابة ليحمل عليها الحمل بلا رحل لا يصح ولو استأجر دابة ليطحن عليها وما بين مقدار ما يطحن به فيه
يجوز وله أن يحمل عليها مقدار ما تحمل وفي المحيط ينعقد فاسداً فاذا حمل عليها مقدار ما تحمل يعود جائزاً ويجب المسمى
استحساناً فظهر أن المشيئة في قوله ما شاء مقيدة بقدر حملها وفي المحيط استأجر ثوباً ليلبسه ليذهب الى مكان كذا فلم يذهب الى ذلك
الموضع ولبسه في غير ذلك الموضع يكون مخالفاً ولا أجر عليه وقال الفقيه أبو الليث عندي أنه غير مخالف ويجب الاجر لان هذا خلاف
الى خير وليس هذا كمن استأجر دابة ليذهب الى موضع كذا فركبها في المصر في حوائجه فهو مخالف لان الدابة لا يجوز اعارتها الا ببيان
المكان وفي الثوب لا يحتاج الى بيان المكان اه وفي الخلاصة واذا تكارى قوم مشاة ابلا على أن المكاري يحمل عليها من مرض
منهم أو من أعيى عليه منهم فهذا فاسد قال رحمه الله ﴿وان قيد براكب ولابس فخالف ضمن﴾ يعني اذا عطبت لان التقييد
مفيد فتضمن فاذا خالف صار ضامناً بالتعدي لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس ولا أجر عليه لان الأجر والضمان لا يجتمعان
وكذا الأجرة عليه ان سلم بخلاف ما اذا استأجر حانوتاً أو قعد فيه قصاراً أو حداداً حيث يجب الاجر لانه لما سلم تبين أنه لم يخالف كذا
في غاية البيان واستفيد من كلامه أنه اذا قيد ليس له الاجارة والاعارة كما اذا عمم وليس له الايداع في الاول ولا ضرورة دون الثاني
كذا في فصول العمادي كما اذا عمي الحمار في الطريق قال رحمه الله ﴿ومثله ما يختلف بالمستعمل﴾ يعني يضمن مثله في كل شئ
يختلف باختلاف المستعمل اذا كان مقيدا وخالف لما ذكرنا من المعنى قال رحمه الله ﴿وفيما لا يختلف بطل تقييده كما لو شرط سكنى
واحد له أن يسكن غيره﴾ يعني وفيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور للسكنى لا يعتبر تقييده حتى اذا شرط سكنى واحد له أن
يسكن غيره لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحداد والقصار والطحان خارج كما مر والفسطاط كالدار عند محمد
وعند أبي يوسف مثل اللبس لاختلاف الناس في نصبه وضرب أوتاده واختيار مكانه قال رحمه الله ﴿وان سمى نوعاً وقدراً ككر

بر

و﴿له حمل مثله وأخف لا أضر كالملح﴾ يعني لو سمى النوع والقدر فله أن يحمل على الدابة ما هو مثله وأخف كما لو استأجرها ليحمل هذه الحنطة وهي قدر معلوم فحمل مثل قدرها وما هو أخف منه كالشعير والسمسم وليس له أن يحمل عليها ما هو أضر منه كالملح لأن الرضا بالشيء يكون رضا بما هو مثله أو دونه عادة لا بما هو أضر منه لأنه لا فائدة في إجارة كر حنطة ومنع كر شعير لأن الشعير أخف منه فكان أولى بالجواز حتى لو سمى قدرا من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثله وزنا ضمن لأن الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة فصار كما لو حمل عليها قطنا أو تبنا أو حطبا كذا في النهاية وقال شيخ الإسلام في شرحه لا يضمن استحسانا وقيل وهو الأصح لأن ضرر الشعير عند استوائهما في الوزن أخف من ضرر الحنطة لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذ الحنطة فكان أخف عليها بالانبساط وبه كان يفتي الصدر الشهيد ولو حمل عليها مثل وزنه حديدا أو ملحا يضمن لأنه يجتمع في مكان واحد من ظهر الدابة فيضر بها أكثر وكذا الآية من إذا حمل عليها مثل وزنها قطنا لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر وفيه حرارة وما ذكرناه وجه الاستحسان والقياس أنه يضمن في الشعير ونحوه والحاصل أن الشيئين متى كان في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الإذن في أحدهما الإذن في الآخر وإن كان أحدهما أخف ضررا من وجه آخر وفي الأصل إذا تكارى من رجل إبلا مسماة بغير عينها إلى مكة فالإجارة جائزة قال شيخ الإسلام ليس تفسير المسألة ما ذكرنا بل تفسيرها استأجر المكارى على الحمل فالمعقود عليه الحمل في ذمة المكارى وأنه معلوم والإبل آلة وجهالة الآلة لا توجب فساد الإجارة كما في الخياط والقصار وما أشبهه واستدل على تفسير المسألة بما ذكر أنه لو استأجر عبد الخدمة لا بعينه لا يجوز قال الصدر الشهيد ونحن نفتي بالجواز كما ذكر في الكتاب من غير تأويل وفي الذخيرة استأجر دابة إلى كذا ودفع له الدابة لا يجبر رب الدابة أن يرسل غلامه معها قال محمد يؤمر بأن يرسل غلامه معها قال شيخ الإسلام إن شاء لأنه لا يجبر عليه وفي الصيرفية استأجر دابة بعينها للحمل فحمل المكارى على غيرها لا يستحق الأجرة ويكون متبرعا وفي الفتاوى تكارى دابة إلى موضع معلوم بأربعة دراهم على أن يرجع في يومه فلم يرجع إلى خمسة أيام قال يجب درهمان أجرة الذهاب لأنه مخالف في الرجوع ولو استأجر دابة إلى مكة فهو على الذهاب وفي الغاية على الذهاب والرجوع وفي فتاوى (١) هو استأجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة فمرضت ولم تطق الأحسن فحمل عليها ما رجع على المكارى بحصة ذلك قال القاضي بديع الدين لا يرجع لأنه رضي بذلك وفي جامع الفتاوى استأجر دابة يوما واتفق بها فأمسكها وقد ورم إبطها أو اعتلت وتركت في الدار الذي هو فيها فماتت غرم وفي العتابية تكارى قوم مشاة إبلا على أن المكارى يحمل من مرض منهم أو من أعيا منهم فالإجارة فاسدة وفي الأصل ولو شرطوا عليه أن يركب واحد منهم فيه ثم يركب الآخر وهكذا فذلك جائز وفي الخلاصة تكارى على دخول عشرين يوما إلى موضع كذا فدخل إلا في خمسة وعشرين يوما قال يحط عنه من الأجرة بحساب ذلك ويستقيم على قول أبي يوسف ومحمد اهـ وفي الخلاصة رجل اكترى إبلا للحج ثم اختلفوا في وقت الخروج فالقول في ذلك قول من يريد الخروج في الوقت المعروف للخروج اهـ وفي المحيط تكارى دابة بغير عينها إلى موضع كذا لم يجز لأن عند العقد واحد والمعقود عليه في كل مجهول جهالة تؤدي إلى النزاع استأجر دابة إلى موضع كذا وضعفت قبل الوصول فعليه أن يأتي بغيرها لأن العقد لا ينفسخ في هذه الحالة وإن كانت بعينها فليس عليه أن يأتي بغيرها فيفسخ العقد ولو استأجر رجل دابتين بعشرة صفقة واحدة ليحمل عليها عشرين قفيزا فحمل على كل دابة عشرة يقسم الأجر على أجر مثل كل دابة اهـ قال رحمه الله ﴿وإن عطبت بالإرداف ضمن النصف﴾ يعني إذا استأجر دابة فأردف عليها غيره ضمن نصف القيمة ولا يعتبر بالثقل لأن الدابة يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولأن الآدمي غير موزون ولا يمكن معرفته بالوزن فيتعلق الحكم بالعدد كالجناية في باب الجنايات هذا إذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين وإن كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها كذا ذكره في الكافي قالوا هذا إذا كان الرديف يستمسك بنفسه وإن كان صغيرا لا يستمسك بنفسه يضمن بقدر ثقله قال في النهاية قيد بالرديف احترازا عما إذا حمله على عاتقه فإنه يضمن جميع القيمة لأن ثقله مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة وقال الحدادي الرديف مثال وليس بقيد حتى لو حمل المستأجر نفسه رديفا وغيره أصيلا فالحكم واحد وفي غاية البيان قيد بكونه رديفا لأنه لو أقعد الأجنبي في السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شيء من الأجرة قال قاضيخان استأجر دابة ليركبها إلى موضع كذا فحمل عليها صبيا صغيرا فعطبت ضمن قيمتها كما لو حمل عليها حملا وأطلق في ضمان النصف فشمل ما إذا هلكت قبل الوصول أو بعده قال وعليه جميع الأجرة إذا هلكت بعد ما بلغ مقصده

ونصف القيمة إذا هلكت قبله وفي المحيط إذا عطبت بعد النزول من الركوب فعليه الأجر كاملا ونصف القيمة كان الرديف أخف أو أثقل أما الأجرة فلأنه استوفى المعقود عليه وأما الضمان فلأن التلف حصل بركوبهما ولم يبين من عليه الضمان فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الرديف وإن شاء ضمن المستأجر فإن ضمن المستأجر لا يرجع لما ضمن وإن ضمن الرديف يرجع إن كان مستأجرا وإلا فلا وفي الخانية فإذا أراد صاحب الدابة أن يضمن الرديف نصف القيمة كان له ذلك وفي التتارخانية استأجر دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة فأجرها من غيره فحمل عليها عشرين فتلفت يخير المالك في التضمين إن شاء ضمن الثاني ويرجع على الأول لأنه غره وإن ضمن الأول لا يرجع على الثاني اهـ وأقول ينبغي أن يفصل بأنه إن علم أنه مستأجر لما ذكر ينبغي أن لا يرجع على الأول وإن علم أنه مالك أو لم يعلم ينبغي أن يرجع وأطلق المؤلف في الإرداف فشمل ما إذا أردف في كل المدة أو بعضها وفي المحيط استأجر دابة ذاهبا وجائيا فعلفها وركبها ذاهبا وحمل عليها متاعا وأردف آخر راجعا فعليه أجرة مثلها في الذهاب لأن الإجارة وقعت فاسدة لجهالة العلف وفي الرجوع ركبها اثنان فهلكت فعليه نصف القيمة ولما زاد من الحمل ويعرف ذلك بالرجوع إلى أهل الخبرة وهذا إذا لم يركب على الحمل أما إذا ركب عليه يضمن جميع قيمتها لأنه يحتمل ثقله وثقل الحمل عليها ولو استأجر ليحمل الولد معها وتلفت ضمن بقدر الولد وكذا لو ولدت الناقة فحمل ولدها عليها أو قيدها بالحبل لأنها لو سلمت يجب عليه الأجر تاما قال رحمه الله ﴿وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد﴾ يعني إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدرا فحمل عليها أكثر منه فعطبت يضمن ما زاد الثقل لأنها هلكت بمأذون وغيره فيقسم عليهما هذا إذا كانت الدابة تطيق ذلك فلو كانت لا تطيق مثله يضمن جميع القيمة لعدم الإذن فيه هذا إذا حمل المسمى وزاد عليه وإن حمل عليها غيره فهلكت وجب عليه جميع القيمة لعدم الإذن قال الأكمل ويرد نقضا بما إذا استأجر ثورا ليطحن عليه مقدارا فزاد فهلك يضمن جميع القيمة وإن كانت الزيادة من جنسه والفرق بينهما أن الطحن يكون شيئا فشيئا فإذا طحن القدر المسمى فقد انتهى الإذن وبطحن غيره معه فقد تعدى فيضمن جميع القيمة قيد بكونه زاد على المعتاد لأنه إن زاد على المسافة فهلكت يضمن جميع القيمة لعدم الإذن في الزيادة وقيد بكونه حمل عليها لأن رب الدابة لو كان هو الذي حمل عليها فلا ضمان على المستأجر قال في الذخيرة استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من الحنطة فجعل في الجوالق عشرين من الحنطة وأمر المكاري أن يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكري فهلكت لا ضمان عليه أصلا ولو حمل ذلك عليها رب الدابة والمستكري جميعا ووضعاه على ظهر الدابة فهلكت الدابة ضمن المستكري ربع القيمة هذا إذا كان في جوالق واحد ولو حملاها في جوالقين وحمل كل واحد منهما جوالقا ووضعا على الدابة جميعا لا يضمن المستأجر شيئا أو يجعل حمل المستأجر ما كان مستحقا له بالعقد اهـ وفي الخلاصة هذا إذا حمل المستأجر أولا وإن حمل رب الدابة أولا ثم المستأجر فهلكت ضمن نصف القيمة وفي الأصل إذا استأجر دابة ليركبها فلبس من الثياب أكثر مما كان يلبس وركب الدابة فهلكت إن لبس ما يلبس الناس فلا ضمان عليه وإن لبس ما لا يلبسه الناس ضمن ما زاد بحسابه وفي الخانية استأجر دابة ليركبها إنسانا فأركبها امرأة ثقيلة أو رجلا بسرج فهلكت لا ضمان عليه ولا على الراكب إلا أن يعلم أن مثل الدابة لا تطيق ذلك فيضمن جميع القيمة وفي الأصل استأجر حمارا بسرج فأسرجه بسرج لا يسرج به مثله فهو ضامن مقدار ما زاد باتفاق الروايات إن كان أخف من الأول أو مثله فلا ضمان عليه هذا إذا كانت الدابة تركب بمثله وإن كانت لا تركب بمثله يضمن جميع القيمة وفي قاضيخان وإن بلغت فله الأجرة تماما ولو علم أنها تطيق فلم فله تمام الأجرة وإذا هلكت ضمن ولا تجب الأجرة هذا إذا حمل الأول والزيادة في جوالق واحد ولو حمل الزيادة في جوالق منفردة وحملها ضمن القيمة وفي المحيط استأجر دابة ليحمل عليها امرأة فولدت فحمل ولدها معها عليها يضمن بقدر الولد قال رحمه الله ﴿وبالضرب والكبح﴾ أي يضمن إذا هلكت منهما وفي المغرب الكبح ضرب الدابة باللجام وهو أن يجذبها إلى نفسه وهذا عند الإمام وقالا لا يضمن إذا فعل فعلا معتادا لأن المطلق يدخل تحت المتعارف فكان هالكا بالمأذون فيه وللإمام أن المتعارف مقيد بشرط السلامة لأن السوق يتحقق بدونه وإنما تضرب للمبالغة وهذا بخلاف ما إذا ضرب العبد المستأجر للخدمة حيث يضمن بالإجماع والفرق لهما أنه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة إلى ضربه وظاهر ما في الهداية أن للمستأجر الضرب ولا إثم عليه وفي غاية البيان إن ضرب الدابة يكون متعديا بالضمان وفيها موضحا أن الإمام رجع إلى قولهما وأما ضرب دابة نفسه فقال في القنية لا يضرب بها أصلا وإن كانت ملكه ثم قال لا يخاصم ضارب الحيوان فيما يباح للتأديب ويخاصم فيما زاد عليه وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الأب أو الوصي للصغير إذا لم يجاوز ضرب مثله

للتأديب حيث تجب الدية والكفارة عنده وعندهما لا تجب الدية لان الضرب لاصلاح الصغير متعارف وفيه منفعة له فكان كضرب
المعلم بل أولى بخلاف ضرب الزوج لانه لمنفعة نفسه فيشترط فيه السلامة وللامام أن منفعة الصغير كالواقع له لقيام العصبية بينهما ألا ترى
أن الشهادة له جعلت كشهادته لنفسه وبخلاف ضرب المعلم باذن الاب لان الاذن من الاب صحيح لماله من الولاية والاصح كان الاب
معيار لا ضمان على المعين وليس له أن يضرب أخاه الصغير على ترك الصلاة وأطلق في الضرب والكبح وهو محمول على ما اذا كان بغير
اذن صاحبها وفي التتارخانية استأجرها ليركبها فضربها فماتت فان كان باذن صاحبها وأصاب الموضع لا يضمن بالاجماع وفي العتابية
فان عنف في السير ضمن اجماعا والمعلم والمؤدب وأستاذ الحرفة يضمن بالضرب فان كان باذن لم يضمن اه وفي جامع الفصولين
استأجر حمارا لحمل متاع ولم يكن صاحب المتاع معه فمرض الحمار في الطريق فترك الحمار صاحبه وترك المتاع لم يضمن للضرورة
والعذر قال رحمه الله ﴿ونزع السرج والايكاف أو الاسراج بما لا يسرج بمثله﴾ يعني لو استأجر حمارا مسرجا فنزعه وأسرجه
بسرج لا يسرج بمثله الحمير أو أوكفه بذلك فتلف يضمن جميع القيمة لان الاذن يتناول ما يسرج بمثله دون ما لا يسرج بمثله فيكون
متعديا فيضمن وان أسرجه بسرج يسرج مثله به لا يضمن وقوله بما لا يسرج بمثله قيد بالسرج لا للايكاف لانه يضمن مطلقا سواء
كان يوكف بمثله أو لا وهذا قول الامام وقالا الايكاف كالسرج مطلقا لا يضمن اذا كان يوكف بمثله الا اذا كان زائدا على السرج
الذي عليه فيضمن بقدر الزيادة كما في السرج لانه هو والسرج سواء والجواب أن الجنس مختلف لان الايكاف للحمل والسرج
للركوب وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط الآخر فصار كاختلاف الحنطة والشعير قال في النهاية ذكر في الاجارة انه
يضمن بقدر ما زاد وهو قولهما فمن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان عن الامام ومنهم من قال عن الامام روايتان ففي رواية
يضمن بقدر ما زاد وفي رواية يضمن جميع القيمة وهو الاصح وتكلموا في معنى قولهما يضمن بحسابه قال بعضهم اذا كان السرج
يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والايكاف قدر أربعة أشبار فيضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن قال قاضيخان وهذا اذا استأجر
الحمار مسرجا فلو استأجره عريانا فالمسئلة على وجوه ان استأجره من البلد الى البلد لا يضمن لان الحمار لا يركب بينهما الا مسرجا
أو موكفا وان استأجره ليركب في المصر فان كان من ذوات المقامات فكذلك فانه من عادته أن لا يركب عريانا وان كان من العوام
الذين يركبون في المصر عريانا فعل يضمن اه أقول ينبغي أن يقال فيما اذا استأجر من القرية الى القرية ان كان المستأجر ممن
جرت العادة أن يركب من القرية الى القرية عريانا كما يشاهد في ديارنا فاذا أسرجه يضمن والا فلا وفي المحيط استأجر حمارا بغير
لجام فألجمه بلجام مثله لا يضمن لان اللجام يصلح للحفظ ولا بد للراكب منه فيصير مأذونا باللجام دلالة الا اذا كان الحمار لا يلجم بمثله اه
وفي التتارخانية ولو هلكت المستأجرة عند المستأجر فاستحقها رجل يضمن المستأجر قيمة ذلك ويرجع على المؤجر كما ضمن اه
قال رحمه الله ﴿وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا﴾ يعني يجب الضمان اذا عين للمكاري طريقا وسلك هو غيرها وكان بينهما
تفاوت بأن كان المسلوك أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلك لان التقييد حينئذ مفيد فاذا خالف حينئذ فقد تعدى فيضمن
قيمته ان هلك وان لم يهلك وبلغ فله الاجر استحسانا لارتفاع الخلاف ولا يلزم اجتماع الضمان والاجرة لانهما في حالتين ونظيره العبد
المحجور عليه اذا أجر نفسه فان تلف في العمل يجب على المستأجر الضمان وان سلم يجب عليه الاجر وان كان الطريق يسلكه الناس
وهلك المتاع فلا ضمان عليه لان الظاهر فيما يسلكه الناس عدم التفاوت قال في الهداية والكافي هذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت
لانه عند عدم التفاوت لا يصح التعيين لعدم الفائدة أما اذا كان بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد فصار كالطريق الذي لا يسلكه
الناس فان قلت ما الفرق بين هذا حيث اذا سلم يجب الاجر وبين ما اذا استأجر دابة لركوب معين فركب غيره وسلمت حيث لا أجر
عليه كما في الخلاصة والحدادي والفتاوى العتابية قلت الفرق انه هنا وافق من وجه لان المقصود وصول المتاع الى ذلك المكان وهناك
لم يحصل المقصود لان المقصود ركوب المعين ولم يحصل ولا يخفى ان قوله وتفاوتا ليس بقيد احترازي لانه لو ذهب الى مكان غير ما عينه
يضمن ولو كان أقرب قال في الينابيع استأجر دابة الى موضع كذا فركبها الى مكان أقرب منه فعطبت ضمن قيمتها اه زاد في المحيط
في باب الراعي ولو سلم فلا أجر له لان رب طريق يفسد الدابة السير فيه يوما لصعوبته وطريق لا يفسد الدابة السير فيه شهرا لسهولتها
فاختلف جنس المنفعة فاستوفى جنس آخر ولا يجب الاجر وهذه رواية تخالف ما تقدم وفي الخلاصة ولو نزل وتهيأ للارتحال فلم يرتحل
حتى أفسد المطر المتاع يضمن الا اذا كان المطر عاما وفي الخلاصة اذا أفسد المطر المتاع على ظهر الدابة أو سرق لا يضمن اه قال رحمه الله

﴿وحمله في البحر الكل وان لم يهلك فلا اجر﴾ يعني لو شرط عليه أن يحمله في البر فحمله في البحر فهلك ضمن وان سلم فله الاجر وفي الخلاصة ولو كان البحر يسلكه الناس ولهذا أطلقه المؤلف قال الاسبيجابي السماع بلا التشديد وقوله الكل عائد الى المسائل التي تقدمت كما أفاده قوله ر بالضرب اه قال رحمه الله ﴿وزرع رطبة وأذن بالبر ضمن ما نقص﴾ يعني اذا قيد عليه بان يزرع حنطة فزرع رطبة يجب عليه ضمان نقصان الارض لان الرطبة أكثر ضررا من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر لا خلاف الجنس فيجب عليه النقصان بخلاف ما اذا استأجر دابة للركوب أو الحمل فأردف غيره أو زاد حيث يجب عليه من الضمان بحسابه لانه تلف بما هو مأذون فيه وبما هو غير مأذون فيه قال رحمه الله ﴿ولا أجر﴾ يعني ولا يجب الاجر لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ولا تجب الاجرة لان الضمان والاجرة لا يجتمعان وان زرع فيها ما هو أقل ضررا من الحنطة لا يجب الضمان وتجب الاجرة لانه خلاف الى خير ولا يصير به غاصبا وأقول ينبغي أن يرجع قوله ولا أجر لجميع المسائل التي قيد فيها والتقييد مقيد اذا خالف قال رحمه الله ﴿وبخياطة قباء وأمر بقميص فله قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجرة مثله﴾ يعني اذا أمره أن يخيط ثوبه قميصا فخاطه قباء فرب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذه ودفع له أجرة مثله أي مثل القباء القباء القرطق الذي يلبسه الاتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد قال ظهير الدين القميص اذا قد من قبل كان قباء طاق اذا خيط جانباه كان قميصا قيد بالقباء لانه لو خاطه غير قباء لا يثبت له خيار بل يضمنه القيمة حتما وقيل له الخيار في الكل ووجه ما ذكرناه فيص من وجه لانه تمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث القطع فيخير كما ذكرنا واذا أخذ القباء يدفع أجرة مثله لا يتجاوز به المسمى ولو خاطه قميصا مخالفا بان خاطه بخيرا اذا أخذه فله أجر مثله لا يتجاوز به المسمى ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الاصح لوجود الاتحاد في أصل المنفعة وهو الستر فصار كما اذا دفع الى رجل نحاسا وأمره أن يضرب له شيئا من الاواني فضرب له غيره فانه يخير وفي التتارخانية اذا أمر انسانا ان ينقش اسمه في فص خاتمه فغلط فنقش اسم غيره ضمن الخاتم وفي العتابية وان شاء صاحب الخاتم أخذه وأعطاه مثل أجر عمله لا زائدا على المسمى ولو دفع الى نجار بابا وأمره أن ينقشه كذا فعمل غير ما أمره به فله الخيار كما تقدم وان وافق أمره الا قليلا فلا وان أمره أن يحمل له بيا الحصير فالمالك بالخيار ان شاء أعطاه ما زادت الحصرة فيه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته ولو دفع ثوبه الى صباغ ليصبغه بزعفران فصبغه بغير ما سمى فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلمه اليه وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجرة مثل عمله لا يتجاوز به المسمى وفي العتابية لو اختلفا في كيفية الصبغ قبل العمل تحالفا ويفسخ العقد وان بعد العمل فالقول لرب الثوب ولو دفع الى حائك غزلا لينسجه كذا فخالف فاما أن يكون الخلاف من حيث القدر أو من حيث الصفة ولا يخلو اما أن يكون الى زيادة أو نقصان وفي الفصول كلها لصاحب الثوب الخيار ان شاء ترك الثوب وضمنه غزلا وان شاء ضمنه الثوب وأعطاه أجرة المثل لا يتجاوز به المسمى وفي الخلاصة رجل دفع الى خياط ثوبا فقال اقطعه حتى يصل القدم وكمه خمسة أشبار وعرضه كذا فجاء به ناقصا ان كان قدر أصبع ونحوه فليس بنقصان وان كان أكثر يضمنه ولو قال للخياط اشار الى هذا الثوب ان كفاني قميصا فاقطعه وخطه بدرهم فقطعه ثم قال لا يكفيك يضمن الثوب ولو قال انظر يكفيني قميصا قال نعم قال اقطعه فقطعه ثم قال لا يكفيك لا يضمن والله أعلم

﴿باب الاجارة الفاسدة﴾

لما فرغ من بيان الاجارة الصحيحة شرع في بيان الفاسدة وفي بيان ما يكون مفسدا ولا يخفى ان ذكر الاجارة الفاسدة بعد صحيحها لا يحتاج الى معذرة فهي في محلها كما لا يخفى وعبر بالفاسد دون الباطل لكثرة فروعه ود كر خلاف ما ترجم له فكان عليه ان يقول الفاسدة العقد المشتمل على منفعة لاحد المتعاقدين أو جهالة لان الفقيه نظير للاحكام والفاسد ما كان مشروعا باصله دون وصفه وبين الفاسد والباطل فرق فيهما فالباطل ما ليس مشروعا أصلا وحكمه أن لا يجب فيه بالاستعمال أجر بخلاف الفاسد فانه يجب فيه بالاستعمال الاجر كذا في الحقائق وفي جامع الفصولين بين البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فرق فان الفاسد من البيع يملك بالقبض والفاسد من الاجارة لا يملك بالقبض حتى اذا قبضها المستأجر لا يملكها ولو أجرها يجب أجر المثل ولا يكون غاصبا وليس للاول أن ينقض هذا العقد كذا في الخلاصة قال رحمه الله ﴿يفسد الاجارة الشرط﴾ قال في المحيط كل جهالة تفسد البيع تفسد الاجارة

لان الجهالة المتمكنة في البدل أو المبدل تفضي الى المنازعة وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين يفضي الى
المنازعة فيفسد الاجارة وفي العناية الفساد قد يكون لجهالة قدر العمل بان لا يعين محل العمل وقد يكون لجهالة قدر المنفعة بان
لا يبين المدة وقد يكون لجهالة البدل أو المبدل وقد يكون لشرط فاسد مخالف لمقتضى العقد فالفاسد يجب فيه أجرة المثل لا يزاد
على المسمى ان سمي والا فأجر المثل بالغا ما بلغ وفي الباطل لا تجب الاجرة والعين غير مضمونة في يد المستأجر سواء كانت صحيحة
أو فاسدة أو باطلة اه قال الشارح لانه يجري فيه الشرط ألا ترى انها تقال وتفسخ فتفسد بالشروط وفي الخلاصة رجل استأجر دارا
شهرا بعشرة على انه ان سكن فيها يوما فبعشرة فسدت الاجارة وكذا لو استأجر دابة الى بغداد على انه ان حمل كذا فباجرة
كذا وان حمل كذا فباجرة كذا وكذا لو استأجر أرضا على انه ان زرع كذا فباجرة كذا اه وفي المحيط لو استأجر دارا بكذا
على ان يعمرها فالاجارة فاسدة ولا يخفى ان المراد بالشرط الفاسد هو الذي لا يلائم العقد كما مر في البيع أما الشرط الملائم فانه
لا يفسد العقد وبهذا ظهر ان الاجارة الواقعة في مصر في الوقف في زماننا على ان الغارم وكلفة الكاشف على المستأجر فاسدة
كما لا يخفى قال رحمه الله (وله أجر مثله لا يتجاوز به المسمى) لا يخفى ان العقد الفاسد في الاجارة له حكمان وجوب الدفع والضمان
اذا انتفع ووجوب الدفع مقدم على وجوب أجرة المثل فكان عليه ان يقدم الحكم المقدم على المتأخر ولكن اهتم بالضمان
فقدمه وترك قيدا وهو أن يقول فان انتفع فله الاجر وأشار بقوله لا يتجاوز به المسمى الى ان الفساد ليس لجهالة المسمى أو لعدم
التسمية فلو كان الفساد لواحد منهما يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا كان بعضه معلوما وبعضه مجهولا مثل ان يسمي دابة
أو ثوبا أو عشرة دراهم والظاهر من كلام المتن والشارح ان الفساد اذا كان لغير جهالة البدل لا يجب أجر المثل بالغا ما بلغ بل لا يزاد
على المسمى وليس كذلك لانه اذا كان البدل معلوما وفيه منفعة لاحد المتعاقدين يجب أجر المثل بالغا ما بلغ كذا في قاضيخان وغيره
فلو استأجر حماما أو غيره بمال معلوم بشرط أن يرممه وكذا اذا استأجر دارا بشرط أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة ويجب عليه
ان سكنها أجرة المثل بالغا ما بلغ وقال زفر والشافعي يجب أجر المثل بالغا ما بلغ في الكل اذا كان الفساد لجهالة البدل أو لعدم
التسمية ولنا أن المنافع غير متقومة بنفسها لان التقوم يستدعي سابقة الاحراز وما لا بقاء له لا يمكن احرازه فلا يتقوم وانما يتقوم
بالعقد الشرعي للضرورة فاذا فسدت الاجارة وجب ان لا تجب الاجرة لعدم العقد الشرعي الا أن الفاسد من كل عقد ملحق
بصحيحه لكونه تبعا له ضرورة فيكون له قيمة في قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب فيه المسمى بالغا ما بلغ
وما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم فبقي على الاصل قوله وله أجر الظاهر من قول المؤلف وله أجر
مثله انه هو الواجب وليس كذلك قال جمهور الشارحين الواجب في الاجارة الفاسدة الاقل من أجرة المثل ومن المسمى وهو في
الذخيرة وفتاوى قاضيخان قال رحمه الله (فان أجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد الا أن يسمي الكل) لان
كلمة كل اذا دخلت على مجهول وأفراده غير معلومة انصرف الى الواحد لكونه معلوما وفسد في الباقي للجهالة كما اذا باع
صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فانه يجوز في قفيز واحد وهذا قول الامام وهما وافقاه في الشهور وأجازاه في العقد في الكل
في الصبرة والفرق لهما ان الشهور لا نهاية لها والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل واذا تم الشهر الاول لكل واحد منهما
نقض الاجارة لشرط حضور الآخر وان كان غائبا لا يجوز بالاجماع وقيل يجوز عند أبي يوسف قال تاج الشريعة لو كان فاسدا فيما
بقي من الشهور لجاز الفسخ في الحال قال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد كيف
تفسخ اه ولقائل ان يقول أنتم قررتم في الاجارة الصحيحة انها تنعقد ساعة فساعة وجاز الفسخ فيها تقدر ما بقي من المستقبل
ينبغي أن يكون هنا كذلك واختلف المشايخ في كيفية الفسخ لكل واحد منهما في رأس الشهر لان رأس الشهر في الحقيقة عبارة
عن الساعة التي يهل فيها الهلال ولا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الخيار والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاث أن يقول الذي
يريد الفسخ قبل مضي الوقت فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر فاذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل
الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لا يجد نفاذا في وقته لان الفسخ اذا لم يجد نفاذا يتوقف الى وقته وبه كان يقول أبو النصر محمد بن
سلام أو يقول الذي يريد الفسخ في هلال الشهر فسخت العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الشهر أو يفسخ الذي
يريد الفسخ في الليلة التي يهل الهلال في يومها كذا في النهاية مختصرا وظاهر الرواية ان لكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى

ويومها به يعني لان في اعتبار الساعات حرجا باعتبار المعقود عليه وهو الفسخ في رأس الشهر وهو عبارة عن الليلة الاولى ويومها لان
محمدا اول وخلف لعيسى فلا يمكنه في رأس الشهر نقضها في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها الرجعة استحسانا وظاهر قوله صح
في شهر واحد الفساد في الباقي كأنه قدم مثل في المحيط وهذا قول بعضهم والصحيح أن الاجارة كل شهر جائزة واطلاق محمد يدل على
هذا فيجوز العقد في الشهر الاول والثاني والثالث لما نبين خيار الفسخ لكل واحد منهما في أول الشهر الثاني لان الاجارة
في الشهر الثاني مضافة الى وقت في المستقبل ولكل واحد فسخ الاجارة المضافة الى وقت في المستقبل قوله دارا مثال لانه لو استأجر
ثورا ليطحن عليه كل يوم بدرهم فالحكم كذلك قال رحمه الله (وكل شهر سكن ساعة منه صح فيه) لانه صار معلوما بتقدم العقد
فيه بتراضيهما وهو قول بعض المشايخ وهو القياس وعلى ما في الاصل اذا سكن يوما او يومين صح وليس لواحد منهما الفسخ وهو
ظاهر الرواية على ما قدمنا ولو قدم اجرة شهر او شهرين فمضى المعجل يوما لا يكون لكل واحد منهما الفسخ فيما عجل لان
بالتقديم زالت الجهالة في ذلك القدر فصار كالمسمى في العقد قال في المحيط الاجارة الطويلة التي يفعلها تجار ى صورتها أنهم
يؤجرون الدار والارض سنين متوالية معلومة متوالية ع ... يجعلوا أياما في آخر كل سنة على ان كلا منهما بالخيار في ثلاثة أيام من آخر
كل سنة ويجعلون لكل سنة اجرة قليلة ويجعلون بقية الاجرة للسنة الاخيرة والصحيح أن هذا العقد جائز لان هذا ليس بشرط
خيار في الاجارة بل استثناء فلانه تام قال رحمه الله (وان استأجرها سنة صح وان لم يسم اجرة كل شهر) يعني اذا بين
الاجرة جملة جاز العقد لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة وان لم يبين قسط كل شهر فاذا صح وجب ان
يقسم الاجرة على الشهور على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان ولما كانت السنة منكرة افاد ان هذا المنكر
يتعين بحسب الحال قال رحمه الله (وابتداء المدة وقت العقد) يعني ابتداء أول مدة الاجارة الوقت الذي يلي العقد لان في مثله
يتعين الزمان الذي يلي العقد كالاجل واليمين لا يكلم فلانا شهرا ولانه لو لم يتعين عقيب العقد لصارت مجهولة وبه تبطل الاجارة
والظاهر من حالهما أنهما يقصدان بالعقد الصحة وهو [illegible] عقيب العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين ابتداؤه عقيب اليمين
ولا عقيب النذر لان الاوقات في حقه لا تستوي فانه لا يصح في الليل ولا يصح صيام [illegible] الا بالعزيمة فلا يتعين عقيب السبب
هذا اذا كان العقد مطلقا عن تعيين المدة وان عين مدة تعين ذلك وهو ظاهر قال رحمه الله (فان كان حين يهل تعتبر بالاهلة
والا فالايام) قال صاحب النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول أي يبصر الهلال وقال أراد به اليوم الاول اه
قال ابن قاضي زاده وليس المراد بقوله اليوم الاول تفسير معنى حين يهل اذ لا علم بمعناه من تفسير البناية قطعا بل مراده
بذلك بيان ان قوله حين يهل ليس المراد معناه الحقيقي بل المراد معناه العرفي وهو اليوم الاول من الشهر اه يعني اذا وقع
عقد الاجارة في ليلة الهلال او في يومها تعتبر المدة بالاهلة وان كان في اثناء شهر تعتبر بالايام وهو ان تعتبر كل
شهر ثلاثين يوما وهذا قول الامام وهو رواية عن الثاني وقال محمد تعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير و [illegible] على الاصل
ولا مانع له ابتداء اعتبار الشهر الاول بالاهلة وكذا السنة اه قال رحمه الله (وصح أخذ أجرة الحمام) لقوله صلى
الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن قال الاكمل واعتاد ذكره في الفاسدة مع انها جائزة لان بعض
العلماء خالف في ذلك قال الشارح وبعض العلماء كره الحمام لما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه شر بيت وقال عثمان
انه بيت الشيطان ومن العلماء من كرهه للنساء لا للرجال والصحيح انه لا بأس باتخاذ الحمامات للرجال والنساء وفي الخلاصة
استأجر حماما في قرية فوقع الجلاء في القرية ونفر الناس سقطت الاجرة أو نفر بعض الناس لا تسقط وفي المحيط اذا كان
حمام للرجال وحمام للنساء فأجرهما جميعا وسمى حماما جاز استحسانا اذا كان باب الحمامين واحدا وان كان لكل واحد
باب على حدة لا يجوز العقد اه وفي الخلاصة استأجر حماما بشرط ان عليه الاجرة حال جريان الماء وانقطاعه فالاجارة
فاسدة وفي الخانية مسيل الرماد والسرقين ونقل [illegible] موضع البالوعة وغيرها على المستأجر وان شرط على المؤجر فسدت اه
وقال في المحيط ولو امتلأ مسيل ماء الحمام فعلى المستأجر نقله ولو امتلأت البالوعة فعلى الآجر نقلها والفرق أن نقل
مسيل الماء يمكن من غير نقض البناء وأما البالوعة فلا يمكن نقل ما فيها الا بنقض شيء من البناء ولا يملك المستأجر نقض شيء من
البناء واما المكتري الارض فعل نقله عليه وفيه نظرا استأجر حماما سنة فانهدم منه شهرا فحمل الحساب له [illegible] الباقي

لان

لان الصفقة تفرقت عليه قبل التمام بخلاف ما لو استأجر حماما سنة فلم يسلمه الى المستأجر حتى مضى شهران ولم يتمتع وامتنع المستأجر من القبض فانه يجبر على القبض ولا يتخير لان الصفقة هنا تفرقت فى حق المنافع ولا يوجب ثبوت الخيار وهنالك فى القبض واذا انهدم الحمام قبل القبض فله الخيار ولو انهدم أحد الحمامين بعد القبض فالباقى لازم بحصته لان الصفقة تفرقت بعد التمام استأجر حماما وعبدا ليقوم عليه فانهدم الحمام بعد قبضهما فله ترك العبد لانه عجز عن استعمال العبد فيما استأجره له وان هلك العبد فليس له ترك الحمام لان هلاك العبد لا يوجب خللا فى منفعة الحمام استأجر الحمام ودخل نورة أو أخذه من رب الحمام يجوز استحسانا استأجر حماما بغير قدر واستأجر القدر من آخر فانكسر القدر بعد شهر فاجرة الحمام لازمة دون أجرة القدر لانه يمكنه ان يستأجر قدرا غيره ويستعمله فى الحمام استأجر حماما شهرا فعمل فيه من الشهر الثانى فلا أجر عليه فى الشهر الثانى وروى عن أصحابنا ان عليه أجرة الشهر الثانى للعرف قال رحمه الله (والحجام) أى جاز أخذ أجرة الحجام لما روى أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى أجرته وبه جرى التعارف بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فانعقد اجماعا وقالت الظاهرية لا يجوز لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان ولنا ان هذا الحديث منسوخ لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال له رجل ان لى عيالا وغلاما حجاما أفأطعم عيالى من كسبه قال نعم وانما فسر بالصحة بالجواز لان العادة جارية هنا وفيما بعده لعدم جريان عقد فيه قال رحمه الله (لا أجرة عسب التيس) يعنى لا يجوز أخذ أجرة عسب التيس لقوله عليه الصلاة والسلام ان من السحت عسب التيس ومهر البغى ولانه عمل لا يقدر عليه وهو الاحبال فلا يجوز أخذ الاجرة عليه ولا أخذ المال بمقابلة الماء وهو نجس لا قيمة له فلا يجوز والمراد هنا استئجار التيس لينزو على الغنم ويحبلها بأجر أما لو فعل ذلك من غير أجر لا بأس به لان به يبقى النسل وفى المحيط ومهر البغى فى الحديث هو أن يؤاجر أمته على الزنا وما أخذه من المهر فهو حرام عندهما وعند الامام ان أخذه بغير عقد بان زنى بامته ثم أعطاها شيأ فهو حرام لانه أخذه بغير حق وان استأجرها ليزنى بها ثم أعطاها مهرها أو ما شرط لها لا بأس بأخذه لانه فى اجارة فاسدة فيطيب له وان كان السبب حراما قال رحمه الله (والاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه) يعنى لا يجوز استئجار هذه الاشياء وقال الامام الشافعى يجوز لانه استئجار على عمل غير متعين عليه وكونه عبادة لا ينافى ذلك ألا ترى أنه يجوز الاستئجار على بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وقال عليه الصلاة والسلام لعثمان بن أبى وقاص لا تأخذ على الاذان أجرا ولان القربة تقع للعامل ولا يجوز أخذ الاجر على عمل وقع له كما فى الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر عليه المعلم الا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فانه يقدر عليها الاجير ٧ وكذا الاجير يكون للآمر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا تشترط أهلية المأمور فيهما بل أهلية الآمر حتى جاز أن يستأجر الكافر فيهما ولا يجوز فيما نحن فيه كذا قالوا وينتقض هذا بما ذكروا فى باب الحج عن الغير ان الحج يقع عن الآمر وان للانسان ان يجعل ثواب عمله لغيره قيد بافعال الطاعة لانه لو استأجره ليعلم ولده الكتابة أو النحو أو الطب أو التعبير يجوز بالاتفاق كذا فى التتارخانية وفى الكبرى تعليم الفرائض والحساب والوصايا يجوز وفى الذخيرة لو استأجره ليعلم ولده الشعر والادب اذا بين له مدة جاز ويستحق المسمى اذا سلم نفسه تعلم أو لم يتعلم واذا لم يذكر له مدة فالعقد فاسد ويستحق أجرة المثل اذا تعلم اه وفيها أيضا و يجوز الاستئجار على تعليم الصنعة والتجارة والهدم والبناء والحفر وأشباه ذلك فاذا أجره عبده ليعلمه كذا على اعطاء المولى شيأ معينا فهو جائز وان شرط المعلم على المولى ان يعطيه فى كل شهر كذا ويقوم على غلامه فى تعليم كذا فهو جائز واذا لم يشترط كل واحد منهما شيأ فلما فرغ وتعلم قال المعلم لى الاجرة على رب العبد كذا وقال سيد العبد لى الاجرة على المعلم ينظر فى ذلك الى عرف تلك البلدة فان كان سيد العبد هو الذى يعطى فالاجرة عليه وان كان المعلم هو الذى يعطى فالاجرة على المعلم اه قال رحمه الله (والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن) وهذا مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم ولان الحفاظ والمعلمين كان لهم عطايا فى بيت المال وافتقادات من المتعلمين فى مجازات التعليم من غير شرط وهذا الزمان قل ذلك واشتغل الحفاظ بمعاشهم فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالأجر لذهب القرآن فأفتوا بالجواز والاحكام تختلف باختلاف الزمان وكان محمد بن الفضيل

حتى مات الأجرة تجب وتدس عليها وفي الخلاصة اذا أخذ المعلم من الصبي شيأ من المأكول أو دفع الصبي ذلك الى ولد المعلم لا يحل له
علاف فى المصر لان ذلك تمليك من أب الصغير اه وفي الحاوي للمكر ايسى اذا استأجره ليختم عنده القرآن ولم يسم له أجرا
ليس له أن يأخذ أقل من خمسة وأربعين درهما شرعا أما اذا سمى أجرا لزم ماسمى لكن يأثم المستأجر اذا عقد على أقل من خمسة
وأربعين درهما الا أن يهب المستأجر مابقي من تمام المقدر أو شرط أن يكون ثواب مافوقه لنفسه فلا يأثم وكذا اذا قال اقرأ
بقدر ماقدرت عليه فله من الاجر بقدر ماقرأ وهذا يجب حفظه كذا في المبسوط أقول وهذا في عرفهم أما في عرفنا فيجوز ذلك وفي
الخلاصة رجل استأجر قوما يحملون جنازة و يغسلون ميتا ان كان في موضع لايجد من يعمله غيرهم ولا من يحمله فلا أجر لهم وان كان
هناك غيرهم فلهم الاجر اه وفي المحيط استأجر الامام رجلا ليقتل مرتدا أو أسيرا أو لاستيفاء القصاص في النفس لم يجز عندهما
ولو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس يجوز ولو استأجر مصحفا ليقرأ فيه لم يجز وان قرأ فيه فلا أجر عليه والقاضي كالامام
ولو استأجر القاضي رجلا ليقوم عليه في مجلس القضاء شهرا جاز ولو استأجر من له القصاص رجلا ليقتص له فلا أجر له لايجوز هذا
العقد عند الاول والثاني ويجوز عند الثالث وفي قاضيخان أهل الذمة اذا استأجروا ذميا ليصلي بهم أو ليضرب الناقوس لهم
لايجوز ولو استأجر الحوسي مسلما ليوقد له النار لا بأس به لان الاسماع بالنار مباح اه وفي النهاية يعني يجوز الاستئجار على تعلم الفقه
وفي الروضة وفي زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجرة ومثله في الذخيرة ولا يجوز استئجار كتب الفقه والتفسير والحديث
لعدم التعارف قال ابن قاضي زاده أقول وفيما ذكروا من وجه الاستحسان نظر فوي بيان ذلك هو أن مقتضى الدليل الاول أنه
لايمكن تحقيق ماهية الاجارة وهي تمليك المنافع بعوض في الاستئجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم
ماالتزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسانا والاستحسان فرع تحقق ماهية الاجارة كما لايخفى وهذا محل تسكب فيه العبرات
أقول والجواب أن الاجارة في تعلم القرآن والفقه على أمرين على التلقين والتعليم ففي القياس نظروا الى التعليم وجعلوا التلقين
تابعا له فقالوا لايمكن وفي الاستحسان نظروا الى التلقين وجعلوا التعليم تابعا له فقالوا بالجواز فاختلفت الجهة والاذان والامامة
دخلا بمعاقدة فيه حيد وفي الظهيرية ومشايخ بلخ أفتوا بجواز ذلك اذا ضرب له مدة وعند عدم الاستئجار أصلا يجب أجر المثل
اه وفي الملتقط ولو امتنع أبو الصبي من دفع الوظيفة جبر عليه وحبس عليه اه قال رحمه الله ﴿ولا يجوز على الغناء والنوح
والملاهي﴾ لان المعصية لايتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر من غير أن يستحق عليه لان المبادلة لاتكون الا عند
الاستحقاق وان أعطاه الاجر وقبضه لايحل له و يجب عليه رده على صاحبه وفي المحيط من كتاب الاستحسان اذا أخذ المال من
غير شرط يباح له وفي المحيط ذمي استأجر من مسلم أو ذمي بيعة يصلي فيها لم يجز لان صلاة الذمي معصية وان كانت طاعة في زعمه ولو
استأجر المسلم من المسلم مسجدا ليصلي فيه لم يجز لان المسجد لايملك ولو استأجر ذمي دارا من مسلم فاتخذ فيها مصلى لنفسه لم يمنع فان
جمع الجماعة وضرب الناقوس فلصاحبها منعه ولو أراد بيع الخمر فيها ان كان في السواد لايمنع وأما في سواد خراسان فانهم يمنعون
من ذلك لان الغالب فيها المسلمون مسلم يشرب الخمر في داره و يجمع القوم يمنع من ذلك ولا يخرج من داره وكذا الذمي لو استأجر
مسلما ليرعى له الخنازير يجوز عند الامام خلافا لهما استأجر ذمي مسلما ليحمل له ميتا أو دما يجوز لان نقل الميت والدم لاماطة
الاذى عن الناس مباح مات ميت من المشركين واستأجروا مسلما ليحمله الى بلدة أخرى قال أبو يوسف لا أجر له وقال محمد ان
علم الاجير أنها جيفة لا أجر له لانه نقل مالايجوز له وان لم يعلم فله الاجر وفي الحاوية الفتوى على قول محمد اه ولو استأجر ذمي لينقل
الميت المشرك الى المقبرة يجوز كذا المحيط وفي المضمرات الغناء حرام في جميع الاديان وكذا اذا أوصى بما هو معصية عندنا
وعند أهل الكتاب لايجوز وذكر منها الوصية للمغنيين والمغنيات وقال ظهير الدين من قال لمقرئ زماننا أحسنت عند قراءته
يكفر وفي الكبرى رجل جمع المال وهو كان مطربا مغنيا هل يباح له ذلك ان كان من غير شرط يباح له وان كان بالشرط يرده
على أصحابه وان لم يعرف يتصدق به وفي العتابية وأما المعصية يجوز أن يستأجر نائحة ومغنية أو لتعليم الغناء وفي فتاوى أهل سمرقند
استأجر رجلا لينحت له مزمارا أو طنبورا أو بربطا ففعل يطيب له الاجر الا أنه يأثم في الاعانة على المعصية ولو استأجر المسلم ليبني له
بيعة أو كنيسة جاز و يطيب له الاجر ولو استأجره أمي أن يكتب له قرآنا أو غيره جاز و يطيب له الاجر اذا بين الشرط وهو اعداد
الخط وقدره ولو استأجر مسلما ليحمل له خمرا ولم يقل ليشرب به جازت الاجارة على قول الامام خلافا لهما وفي المحيط السارق أو

الغاصب لو استأجر رجلا ليحمل المغصوب أو المسروق لم يجز لأن نقل مال الغير معصية اهـ وفي شرح الكافي ولا تجوز الإجارة على
شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر في ذلك هذا في الطبل إذا كان للهو وأما
إذا كان لغيره فلا بأس به كطبل الغزاة وطبل العرس وفي الأجناس ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به لشهرة العرس
وفي الولوالجية رجل استأجر رجلا ليضرب الطبل إن كان للهو لا يجوز وإن كان للغزو والقافلة يجوز قال رحمه الله ﴿وفسد إجارة
المشاع إلا من الشريك﴾ أطلق في قوله وفسد إلى آخره فشمل مشاعا يحتمل القسمة أو لا يحتملها وهو قول الإمام وقالا يجوز بشرط
بيان نصيبه وإن لم يبين لا يجوز في الصحيح لهما أن المشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ فصار كما إذا استأجر من شريكه
أو من رجلين وكالشيوع الطارئ بأن مات أحد المستأجرين وكالعارية وإذا جاز إعارة المشاع فأولى أن تجوز إجارته فإن تأثير المشاع
في منع التبرع أقوى من تأثيره في منع المعاوضة ألا ترى أن هبة المشاع لا تجوز وبيع المشاع جائز وللإمام أن المقصود من الإجارة
الانتفاع والانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف المبيع فإن المقصود فيه الملك ألا ترى أنه يجوز بيع الجحش ونحوه ولا
يجوز إجارته والتخلية اعتبرت تسليما في محل يتمكن من الانتفاع وفي المشاع لا يتمكن من الانتفاع ولا من القبض فكيف يجعل تسليما
ولا يعتبر بالتهايؤ لأنه يستحق حكما لملك المنفعة يصار إليه عند الحاجة إلى القسمة بعد الملك وبخلاف ما إذا أجره من شريكه لأنه
لا شيوع في حقه إذ الكل في يده ولا عبرة لاختلاف السبب عند اتحاد الحاجة على أنه روي عن الإمام أنه لا يجوز لأن استيفاء المنفعة
التي تناولها العقد لا يتأتى إلا بغيرها وهو منفعة نصيب شريكه وذلك مفسد للعقد كمن استأجر أحد زوجي المقراض لقرض الثياب
وبخلاف ما لو أجر من رجلين لأن العقد أضيف إلى الكل ولا شيوع فيه وإنما الشيوع يظهر لتفرق الملك فيما بينهما وفيما إذا مات
أحدهما انفسخ العقد في نصيبه وبقي في نصيب الآخر وطرأ الشيوع بعد القبض فلا يضر والعارية ليست بلازمة فلا يجب التسليم
وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعه لوجود إذنه في ذلك فصار كله عارية ولا شيوع وفي المغني الفتوى في إجارة المشاع على قولهما
وقال ابن فرشتة الفتوى في إجارة المشاع على قول الإمام وفي الخانية إجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم فاسدة في قول الإمام وعليه
الفتوى اهـ وفي التهذيب وإذا سكن يجب أجر المثل على قول الإمام وفي التهذيب والشيوع الطارئ لا يفسدها إجماعا كما إذا أجر
كلها ثم تفاسخا في النصف أو مات أحدهما أو استحق بعضها يبقى في الباقي وفي الصغرى وطريق جوازها في المشاع أن يلحقها حكم
لتصير متفقا عليها بعد المرافعة أو بعد العقد فإذا مات أحد المؤجرين بطلت الإجارة في نصيبه وتبقى في نصيب الحي صحيحة وفي الخانية
فإن رضي وارث الميت وهو كبير أن يكون حصته على الإجارة ورضي المستأجر جاز وإن كانت إجارة المشاع لكنها من الشريك
وفي العتابية رجلان أجرا دارهما من رجل جاز وإن فسخ أحدهما برضا المستأجر أو مات لا تبطل في النصف الآخر وفي الأصل ولو
استأجر علو منزل ليمر فيه إلى حجرته لم يجز في قول الإمام وعندهما يجوز قال الطواويسي ينبغي أن لا يجوز بالإجماع وفي النوازل
أنه يجوز قال القاضي أبو علي النسفي وبه كان يفتي شيخنا وفي العتابية ولو كان البناء لرجل والعرصة لرجل آخر فأجر صاحب البناء
بناءه من صاحب العرصة اختلف المشايخ فيه والفتوى على أنه يجوز وفي الخلاصة لو استأجر العرصة دون البناء يجوز وفي المحيط
لو استأجر نخلا أو شجرا ليبسط عليه ثيابا أو يشد بها الدابة ذكر القدوري أنه يجوز وذكر الكرخي في مختصره أنه لا يجوز لأن هذه
ليست منفعة مقصودة من الشجر ولو استأجر شاة ليحلب لبنها أو صوفها لا ينعقد وفي المحيط لو استأجر حائطا ليضع عليها جذعا أو يبني
عليها سترة أو يضع فيه وتدا لا يجوز والحائط اسم للبناء فقد استأجر ما لا ينتفع به ولا يجوز إجارة البناء وحده ولو استأجر طريقا ليمر فيه
لم يجز عند الإمام ويجوز عندهما قال رحمه الله ﴿وصح استئجار الظئر بأجرة معلومة﴾ والقياس أن لا تصح لأنها ترد على استهلاك
عين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة والشاة لشرب لبنها والبستان ليأكل ثمرته والاستحسان أنه يجوز ودليله قوله تعالى فإن
أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والإجماع في ذلك وجرى التعامل به في الأعصار وتحقيقها عقد يرد على التربية واللبن تابع لها وقال
بعضهم العقد يرد على اللبن والتربية والخدمة تابعة لها وإليه مال شمس الأئمة وقال هو الأصح والأول أشبه بالفقه وأقرب إليه وقال في
الكافي وهو الصحيح والظئر المرأة ذات اللبن سواء كانت مسلمة أو كافرة حرة أو أمة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة كذا في قاضيخان وفي
ابن فرشتة ولو عجزت المكاتبة وردت في الرق يحكم أبو يوسف ببقاء العقد وأبطله محمد وفي المحيط لو أجرت الأمة الفاجرة أو الكافرة نفسها
ظئرا جاز لأن الإجارة من التجارة ولو دفع الصبي جارية الظئر أو خادمها فلها الأجر كاملا لأن الظئر بمنزلة الأجير المشترك ولو استأجرت

الظئر ظئرا فأرضعته فلها الأجر استحسانا ولو شرط عليها أن ترضع الصبي بنفسها فأرضعته ممن ذكر فلها الأجر لأن اشتراط الرضاع
عليها منفعة لا يفيد ولو اختلفا فقال أهل الصبي أرضعتيه بلبن شاة وقالت أرضعته بلبن آدمية فلها الأجر والقول قولها مع
يمينها لأن الظاهر يشهد لها وإن أقاما البينة فبينتها لأنها مثبتة وإن شرطوا عليها إرضاع الصبي في منزل الأب فليس لها أن
تخرج به لأن الإرضاع في منزل الأب أجود للصبي وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم إن لم يشترطوا ذلك اهـ ولا يخفى أنه لا بد
من أن تكون المدة معلومة ولهذا قال في التجريد ولا بد أن تكون المدة معلومة وما جاز في استئجار العبد للخدمة جاز في الظئر
وما شاكل هذا بطل هذا في الأصل وإذا جازت هذه الإجارة ينظر بعد ذلك إن شرط في عقد الإجارة أنها ترضع الصبي في منزل الأب
اعتبر ولو لم يكن هناك شرط ينظر للعرف إن كانت ترضع في منزل الأب أو في منزلها يعمل به وإلا فلها الخيار إن شاءت أرضعت
الصبي في منزل الأب أو في منزلها اهـ قال الأكمل فإن قلت الظئر أجير خاص أو مشترك قلت هو أجير خاص يدل عليه لفظ المبسوط
قال لو ضاع الصبي من يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شيء لم تضمن الظئر لأنها بمنزلة الأجير الخاص وذكر في الذخيرة
ما يدل على أنه كما يكون مشتركا يجوز أن يكون خاصا قال لو أجرت نفسها لقوم غير الأول ولم يعلم الأول فأرضعت كلا منهما
صح وتصير المرضعة آثمة وهذه جناية منها ولها الأجر كاملا على الفريقين فهذا يدل على أنها باختيارهما معا فلما تجب الأجرة كاملا
نظرا إلى أنها مشترك ويأثم نظرا إلى أنها خاص قال رحمه الله ﴿وبطعامها وكسوتها﴾ وهذا عند الإمام وقالا لا يجوز وهو القياس
وجه قولهما أن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن العادة جرت بالتوسعة عليها
شفقة على الأولاد بل يطعمها ما طلبت ويوافقها على مرادها والجهالة إنما تمنع إذا أفضت إلى المنازعة أطلق في طعامها أو كسوتها
فشمل ما إذا بين جنسها أو لم يبين قال الحدادي إذا لم يوصف ذلك فلها الموسط وفي الخلاصة وإذا بين جنس الثياب أو وصفها
وعرضها وبين كيل الطعام ووصفه جاز بالاتفاق اهـ وفي المحيط لو اشترطت طعامها وكسوتها عند ستة أشهر وسمت دراهم مسماة
عند الفطام ولم تصف شيئا من ذلك جاز استحسانا عند الإمام وقالوا معنى تسميته الدراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام
مكان الدراهم فيكون معناه على التقدير سمى بدل الدراهم طعاما وإذا بين كيل الطعام ووصفه جاز بالاتفاق سواء كان حالا أو مؤجلا
ولا يشترط أن يذكر أجلا وفي الكسوة يشترط بيان الأجل لأنها لا تثبت بوصف في الذمة إلا مؤجلا كذا في الشارح وغيره ولم يذكر
المؤلف لمن تجب عليه أجرة الظئر وعين من بين ذلك قال في قاضيخان استأجر ظئرا لترضع ولده شهورا فمات الأب فقال عم الصغير
أرضعيه وأنا أعطيك الأجر فأرضعته شهرا بعد ذلك قالوا إن لم يكن للصغير مال حين استأجرها كانت الأجرة عليه من ماله وإذا مات
بطلت فإذا قال العم ذلك بعد موته ولم يكن وصيا كان ذلك على العم ولو كان للصغير مال حين استأجرها الأب لا تبطل الإجارة بموت الأب
وإذا امتنع الظئر من الرضاع والصغير لا يأخذ ثدي غيرها أجبرت على أن ترضعه بأجرة مثلها قالوا هذا إذا عقدت بإذن الزوج وإذا عقدت
بغير إذنه فللزوج منعها وإذا استأجر القاضي ظئرا لليتيم كان حسنا وإذا كان للرضيع أم وليس له مال فأجرة إرضاعه على أقاربه
بقدر ميراثهم منه ويجوز للأب أن يستأجر أمه لترضع ولده وبنته وأخته اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يمنع الزوج من وطئها﴾ لأنه
حقه ولا يمكن المستأجر من إبطاله ولهذا كان للزوج أن يفسخ هذا العقد إذا لم يعلم به سواء كان يشينه إجارتها بأن كان وجيها بين
الناس أو لم يشنه وهو الأصح كما له أن يمنعها من الخروج وأن يمنع الصبي من الدخول عليها لأن الإرضاع والسهر يذهب جمالها فكان له
أن يمنعها من ذلك كما يمنعها من الصيام تطوعا لكن إذا ثبتت الزوجية بإقرارهما ليس لهما أن تفسخ لأنهما لا يصدقان في حق
المستأجر كما إذا أقرت المنكوحة بالرق لا تصدق في حق بطلان النكاح وللمستأجر أن يمنع زوجها من دخول بيته وفي الأصل إذا
عقدت بغير إذن الزوج والزوج لا يشينه ذلك فليس له حق الفسخ في الصحيح والمرأة إذا كانت من الأشراف وأجرت نفسها ظئرا
فللأولياء حق الفسخ لدفع العار عنهم وفي الظهيرية ولولي الصبي أن يمنع أقارب الظئر من المكث في منزله وأما الزيارة إذا كان يؤدي
ذلك إلى الإخلال بالقيام بمصالح الصغير له حق المنع وإلا فلا قال رحمه الله ﴿فإن مرضت أو حبلت فسخت﴾ يعني إذا حبلت المرضعة
أو مرضت فتفسخ الإجارة لأن لبن الحبلى والمريضة يضر الصغير وهي أيضا يضرها الإرضاع فكان لها ولهم الخيار ولو تقايأ الصبي
لبنها لأهله الفسخ وكذا إذا كانت سارقة وكذا إذا كانت فاجرة ظاهر فجورها بخلاف ما إذا كانت كافرة قال في النهاية ولا يبعد أن
يقال عيب الفجور في هذا فوق عيب الكفر لأن كفرها في اعتقادها ألا ترى أنه كان في نساء بعض الرسل كامرأتي نوح ولوط

عليهما الصلاة والسلام وما بغت امرأة نبي قط هكذا قال عليه الصلاة والسلام ولم يتزوج نبي فاجرة وكذا إذا كان الصبي لا يأخذ لبنها
كان لهم أن يفسخوا ولها ذلك أيضا وكذا إذا عيرت به ولو مات الصبي أو الظئر انتقضت الإجارة وفي الخانية إذا ظهر الظئر كافرة أو زانية
أو مجنونة أو حمقاء كان لهم الفسخ وفي الأصل أرادوا سفرا وأبت الخروج فلهم الفسخ وكذا إذا كانت سيئة بذية اللسان وكذا إذا
آذاها أهله باللسان كان لها الفسخ وكذا إذا كان ألفها الصبي ولم يأخذ لبن غيرها وهي تعير بذلك كان لها الفسخ في ظاهر الرواية
وعن أبي يوسف ليس لها الفسخ قال شمس الأئمة الحلواني الاعتماد على رواية أبي يوسف وفي المحيط انتهت مدة إرضاع الظئر والصغير
لا يأخذ إلا ثديها تبقى الإجارة بأجرة المثل جبرا عليها لأن الإجارة كما تفسخ بالأعذار تبقى بالأعذار ولو مات أبو الصغير لم تنقض
الإجارة سواء كان للصغير مال أو لم يكن له مال ولو استأجرها لترضع صبيين كل شهر بكذا فمات أحدهما سقط نصف الأجرة لأنها
لا يمكنها الوفاء بهما فإن صحت الإجارة ولو استأجر ظئرين فمات أحدهما تبقى العقد في أحدهما وانفسخ في الأخرى حصتها والفرق
بين هذا وبين ما إذا مات أحد الصبيين أن في الظئر يقسم الأجر عليهما باعتبار قيمته لأنهما متفاوتان في الإرضاع وفي الصبي
الإيجار وقع لهما فاستحق كل واحد منهما نصف البدل وهو أن الظئر يجب البدل عليهما نصفان اهـ وفي المنتقى استأجر امرأته
لترضع ابنه من مال الصغير فهو جائز ولو استأجر شاة لترضع ولده لا يجوز لأن لبن البهائم له قيمة فوقعت الإجارة عليه وهو مجهول
ولا يجوز بخلاف لبن المرأة لأنه لا قيمة له والإجارة على الخدمة ولو التقط صبيا فاستأجر له ظئرا فالأجرة عليه وهو متطوع لأنه
لا ولاية له على الصبي اهـ قال رحمه الله ﴿وعليها إصلاح طعام الصبي﴾ لأن خدمة الصبي واجبة عليها وهذا مبني على العرف وهو معتبر
فيما لا نص فيه وغسل ثيابه منه والطعام والثياب على الوالد والدهن والريحان على الظئر كما هو عادة أهل الكوفة وفي عرف ديارنا
ما يعالج به الصبي على أهله وفي المضمرات والفتوى على أنه ليس على الظئر الدهن والريحان وطعام الصبي على أهله إذا كان الصبي
يأكل الطعام وعلى الظئر أن تهيئه له وفي الينابيع وعليها طبخه وعليها أن تمضغ الطعام للصبي ولا تأكل شيئا يفسد لبنها ويضر به قال
رحمه الله ﴿فإن أرضعته بلبن شاة فلا أجر﴾ لأنها لم تأت بالواجب عليها من العمل وهو الإرضاع وهذا إيجار وليس بإرضاع قال
في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم أي يصب يقال منه وجرت الصبي وأوجرته بمعنى واحد اهـ أقول لقائل أن يقول
إن كان هذا إيجارا لا إرضاعا فلا معنى لقول المؤلف فإن أرضعته بل عليه أن يقول فإن أوجرته بدله وإن كان إرضاعا فكيف
يقول الشارح هذا إيجار لا إرضاع والجواب أن هذا من باب المشاكلة وهو ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته
كقوله * قلت اطبخوا لي جبة وقميصا * فذكر المؤلف الإيجار بلفظ الإرضاع لوقوعه في صحبته قيد بلبن الشاة لأنها لو أرضعته
بلبن خادمها أو جاريتها أو بلبن ظئر استأجرتها لا تعدم لها الأجرة كما تقدم قال رحمه الله ﴿ولو دفع غزلا لينسجه بنصفه
أو استأجره ليحمل طعامه بقفيز منه أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز﴾ لأنه في المسألة الأولى والثانية جعل الأجرة بعض
ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان ولأن المستأجر عاجز عن تسليم الأجرة لأنه بعض ما يخرج والقدرة على التسليم شرط
لصحة العقد وهو لا يقدر على ذلك بنفسه وإنما يقدر بغيره ولا يعد قادرا فإذا نسج أو عمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف
ما لو استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث لا يجب له شيء من الأجر لأن الأجير ملك فيه النصف في الحال بالتعجيل
فصار الطعام مشتركا بينهما في الحال ومن حمل طعاما مشتركا بينه وبين غيره لا يستحق الأجر لأنه لا يعمل شيئا لشريكه عملا إلا يقع
بعضه لنفسه فلا يستحق الأجر هكذا قالوا قال الشارح وفيه إشكالان أحدهما أن الإجارة فاسدة والأجرة لا تملك إلا في الصحيحة منها
بالعقد سواء كانت عينا أو دينا على ما بينا فكيف تملك هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل الثاني أنه قال ملكه في الحال وقوله
لا يستحق الأجر ينافي الملك لأنه لا يملك إذا ملك بطريق الإجارة فإذا لم يستحق فكيف يملك وبأي سبب يملك والجواب عن الأول
أنه ملك هنا بالتعجيل والتسليم كما صرح هو به في تقريره وصرح به صاحب النهاية ومعراج الدراية حيث قالا ودفع إليه والجواب
عن الثاني أنه لا منافاة بين قوله ملكه في الحال وبين قوله لا يستحق الأجرة ولا يجب لأن معنى ملكه في الحال يعني ابتداء بموجب
العقد وتسليم الأجر إلى الأجير بالتعجيل ومعنى لا يستحق الأجر لما أن العقد قبل العمل بعد أن ملك الأجر بالتسليم بسبب أنه صار
شريكا في الطعام قال في النهاية لو قال احمل لي هذا الكر إلى بغداد بنصفه فإنه لا يكون شريكا وتفسد الإجارة لأنه في معنى قفيز
الطحان وللأجير أجر مثله إن وصل إلى بغداد لا يتجاوز المسمى ومشايخ بلخ والنسفي جوزوا حمل الطعام ببعض المحمول ونسج

الثوب بعض المنسوج لجهل الأجل فلا يدرى بذلك والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ومشايخ خوارزم رحمهم الله لم يجوزوا ذلك
وهو اختيار البعض بما ليس هل بلده واحدة وبه لا يخص الأثر والحيلة في جوازه أن يسمي قفيزا مطلقا فإذا عمل استحق الأجرة
وفي العتابية دفع إلى حائك ثوبا لينسجه بنصفه أو بثلثه أو بربعه فالإجارة فاسدة عند علمائنا وبه أفتى الإمام السرخسي والسيد
الإمام الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بالجواز لعرف أهل بلادهم وفي الظهيرية وبه أخذ الفقيه أبو الليث وشمس الأئمة الحلواني والقاضي
أبو علي النسفي اهـ وفي التتارخانية ولو استأجر ثورا ليطحن به أو دابة ليطحن به أو حمارا ليحمل له أردبا بقفيز منه فالإجارة فاسدة
ولو استأجر حائكا بنصف ما يخرج منه فالإجارة فاسدة وفي المحيط لو استأجر حائكا لينسج هذا الثوب بنصفه على أن يزيد رطلا
من عنده فينسج وزاد له أجر مثل عمله ويضمن صاحب الثوب للحائك رطلا من الغزل وأما الثالث وهو ما إذا استأجره ليخبز له
طول النهار بدرهم ولأن ذكر الوقت يوجب كون المعقود عليه هو المنفعة وذكر العمل يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح
لأحدهما على الآخر فإن وقع على المنفعة استحق الأجر بمضي الوقت عمل أو لم يعمل وإن وقع على العمل لا يستحق إلا بالعمل
فيفسد العقد وهو قول الإمام وقالا العقد جائز فيكون العقد على العمل دون اليوم حتى إذا فرغ منه نصف النهار فله الأجر وإن لم
يعمل في اليوم فعليه أن يعمل في الغد وذكر اليوم للتعجيل فصار كما إذا استأجره ليعمل على أن يفرغ منه في هذا اليوم يجوز بالإجماع
والفرق للإمام هنا أن اليوم لم يذكر هنا إلا لبيان صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالذات وفي مسألة الكتاب
ذكر اليوم قصدا وفي العتابية واستأجره ليخيط له هذا الثوب في هذا اليوم بدرهم لم يجز عند الإمام ولو قال ليخيط ولم يذكر الوقت
يجوز ولو قال ليخيطه اليوم فشرع في اليوم جاز ولو قال بشرط أن يفرغ أو على أن يفرغ في اليوم لم يجز من غير فصل وذكر في باب الراعي إذا
جمع بين المدة والعمل تعتبر الأول قال في المحيط لو استأجره شهرا ليرعى غنمه بدرهم أو وقع العقد على العمل لما قدم ذكر العمل على
الوقت والعلة التي اقتضت فساد العقد في مسألة الجمع بين المدة والعمل تقتضي بالنظر أن تفسد في الراعي كما في مسألة الكتاب ويجوز
في مسألة الكتاب كما جاز في مسألة الراعي ويحتاج المقدم في الذكر وما الفارق بينهما أقول الفارق بينهما قال في الأصل والأصل عند
الإمام أنه إذا جمع بين الوقت والعمل إنما يفسد العقد إذا ذكر كل واحد منهما على وجه لا يصلح أن يكون معقودا عليه لأن ذكر
الوقت والعمل على وجه لا يجوز إفراد العقد عليه لا يفسد العقد فإنه إذا استأجر رجلا يوما ليبني له بالجص والآجر جاز بلا خلاف وإن
جمع بين الوقت والعمل وكان ذكر البناء لبيان نوع العمل وهذا العمل في هذه المسألة لا يجوز إفراد العقد عليه حتى لو ذكر العمل
على وجه يجوز إفراد العقد عليه فإن بين قدر البناء لا يجوز ذلك عند الإمام اهـ وفي مسألة الخبز بين قدر المحل فيفسد وفي مسألة
الراعي لم يبين قدر الغنم المرعي فلا يفسد والحمد لله الذي هدانا لهذا وعن محمد إذا استأجره ليحمل له هذا اليوم ومعلوم أنه لا يمكن حمله
اليوم فهو على الحمل دون الوقت اهـ قال رحمه الله ﴿وإن استأجر أرضا على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها ويزرعها صح﴾
لأنه شرط يقتضيه العقد وهو ملائم له فلا يفسد العقد قال رحمه الله ﴿وإن شرط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها أو يزرعها
بزراعة أرض أخرى﴾ لا أي لا يجوز لأن أثر التثنية وكري الأنهار والسرقنة يبقى بعد مضي عقد الإجارة فيكون عقدا فيه نفع
لصاحب الأرض وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد ولأن مؤجر الأرض يصير مستأجرا منافع الأجير بعد مضي المدة فيصير صفقة في
صفقة ولا يجوز حتى لو كانت تخرج لا تبقى بأن كانت المدة طويلة لو كان الريع لا يحصل إلا به لا يفسد اشتراطه لأنه مما يقتضيه العقد
واختلفوا في التثنية قال بعضهم هو أن يردها مكروبة وقال بعضهم هو أن يكربها مرتين ذكره شيخ الإسلام إذا شرط على المستأجر
أن يردها مكروبة بعد الإجارة فالمسألة على وجهين إن قال صاحب الأرض أجرتك كذا بأن تردها مكروبة بعد مضي العقد فالعقد
جائز وأما إذا قال أجرتك على أن تكربها بعد العقد ففي هذا الوجه العقد فاسد وإن أطلق الكراب ينصرف إلى ما بعد العقد ويصح
العقد وأما إذا شرط أن يكري أنهارها فسد العقد ومن المشايخ من فرق بين الجداول والأنهار فقال اشتراط كري الجداول صحيح
قال في الكافي الصحيح لا يفسد بهذا العقد بخلاف اشتراط كري الأنهار وأما إذا اشترط عليه أن يسرقنها ولا يخلو إما أن يكون
السرقين من عند المستأجر فيشترط عليه فيصير هو مالا فإن كان شيء منفعته إلى العام الثاني لا يفسد كذا في الأصل ومقتضى النظر
أن يفصل فيها بأن يقال إن كان الأرض لا تظهر ريعها إلا بالسرقين فهو شرط ملائم للعقد فلا يفسد وإن كان تظهر ريعها بغير
سرقين فهو شرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين فيفسد وأما استئجار الأرض بأرض أخرى ليزرعها الآخر فيكون بيع الشيء بجنسه

نسيئة وهو حرام كما عرف في موضعه قال رحمه الله (لا كإجارة السكنى بالسكنى) يعني لا يجوز إجارة السكنى بالسكنى لأن الجنس بانفراده يحرم النسأ وإليه أشار محمد حين كتب له محمد بن سماعة لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار أخرى بقوله في جوابه أطلت الفكرة وأصابتك الحيرة وجالست الجبائي أي وكان معتزليا وما علمت أن إجارة السكنى بالسكنى كبيع الدين بالدين بنسيئة قال صاحب العناية في هذا الاستدلال بحث من وجهين الأول أن النسأ ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني أن النسأ إنما يتصور فيما إذا كان موجودا في الحال مما ليس كذلك وما نحن فيه ليس كذلك فإن كل واحد منهما ليس بموجود وإنما يحدث شيئا فشيئا وأجيب عن الأول بأنه لما انعقدا على عقد تأخر المعقود عليه فيه وتحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وعن الثاني بأن الذي لم يصحح البناء قام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما صححه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر فيتحقق النسأ وفي الشارح والأولى أن قال إن الإجارة أجيزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة إلى استئجار المنفعة بمنفعة من جنسها ولو استوفى أحدهما المنفعة في المسألة فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن أبي يوسف لا شيء عليه ووجه ظاهر الرواية أنه استوفى المنفعة بعقد فاسد فيجب أجر المثل وعند الشافعي يجوز هذا العقد اهـ قال رحمه الله ﴿وإن استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له﴾ يعني لو استأجر أحد الشريكين صاحبه لحمل طعام بينهما لا يستحق المسمى ولا أجر المثل لأن العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لأن المعقود عليه حمل النصف شائعا وذلك غير متصور لأن الحمل فعل حسي لا يمكن وجوده في الشائع ولهذا يحرم وطء الجارية المشتركة وضربها وإذا لم ينعقد لم يجب الأجر أصلا ولأنه ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه بخلاف ما لو استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام حيث يجوز لأن المعقود عليه المنفعة ويستحق بتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد المشترك حيث يجوز استئجاره ليخيط له ثيابا لأن المعقود عليه إنما هو نصيب الأجير وهو أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع وبخلاف إجارة المشاع عند الإمام حيث يجب فيها أجر المثل لأن فساد العقد للعجز عن التسليم وإذا سكن تبين عدمه وقال الإمام الشافعي يجوز وفي العيون والكبرى كل شيء استأجر أحدهما من صاحبه مما يكون العمل فيه طعاما فإنه لا يجوز فإن عمل فلا أجر له وذلك مثل الدابة يعني لو استأجر دابة مشتركة لحمل طعام بينهما فلا أجر له وكل شيء استأجر أحدهما من صاحبه مما لا يكون العمل فيه طعاما فهو جائز نحو الجوالق والسفينة والدار قال فخر الدين والفتوى على ما ذكر في العيون وفي النوادر استأجر رجلين ليحملا له هذه الخشبة إلى منزله بدرهم فحملها أحدهم فله نصف الدرهم وهو متطوع إذا لم يكونا شريكين قبل العمل وكذا إذا استأجرهما لبناء حائط أو حفر بئر ولو كانا شريكين في العمل يجب الأجر كله ويكون بينهما وفي الأصل استأجر قوما ليحفر واله بئرا فالإجارة صحيحة فعملوا وتفاوتوا في العمل إن كان يسيرا قسم الأجر بينهما على عدد الرءوس وإن كان فاحشا يقسم على قدر العمل وإن لم يعمل أحدهما لمرض أو غيره سقطت حصته وفي العتابية لرجل بيت على نهر ولآخر بحر ومتاعها فوضعهما في البيت واشتركا على أن يطحنا حبوب الناس فما حصل فبينهما نصفين جاز وهو شركة التقبل وليس للبيت والمتاع أجر قال رحمه الله ﴿كراهن استأجر الرهن من المرتهن﴾ يعني لا يجوز استئجار الشريك هنا كما لا يجوز في مسألة الراهن لأنه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجره ولا يتأتى منه تمليك المنافع بعوض لأن التمليك من غير المالك محال والراهن إنما يمكن من الانتفاع من حيث إنه ملكه ومن انتفع بملك نفسه لا أجرة عليه قال رحمه الله ﴿ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فسد فإن زرعها فمضى الأجل فله المسمى﴾ لأن الأرض تؤجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم وكذا ما يزرع فيها يختلف كما تقدم فلا يجوز العقد حتى يبين ما يزرع ويبين جنسه وإذا زرع ومضى الأجل جاز استحسانا لأن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد بنقض الحكم أقول لا يخفى على ذي تأمل أن جعل العقد تاما بنقض الحكم مما لا تتقبله الفطرة السليمة فإن العقد ينفسخ من الأصل بنقض الحاكم إياه فكيف يتصور أن يتم به وتمام الشيء من أثر بقائه والحق أن المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد قال في النهاية فإن قيل إنما ارتفعت الجهالة بعد زراعة لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال أن يزرع فيها ما يضر بالأرض فكيف ينقلب إلى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد ولأن المعقود عليه إذا كان مجهولا لا يتعين إلا بتعيينهما وبالعين الأضرار بالآخر ولا ينفرد به أحدهما لك الأصل إجارة العبد

عند انتهاء المنافع لأن المعقود يفسخ بعد الإمكان والمانع الذي قد انعقد باعتباره ترفع المنازعة بينهما وبعد استيفاء المنافع
يزول هذا اهـ وفي غاية البيان تجب المسمى إذا لم تكن ذلك بعد نقض انقضاء العقد اهـ وفي بعض النسخ قيل وهذا غرس
من الكاتب يعني إذا كان بعده فله أجر المثل لا يقال هذه المسألة متكررة مع قوله والأرض للزراعة إن بين ما يزرع لأنا نقول
الأول باعتبار ما صح من العقود وذكرها هنا باعتبار ما فسد من العقود قال الأكمل لا يقال هذه المسألة متكررة مع ما ذكره
أول الباب لأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير ثم فيه زيادة قوله وله تشير إلى أنه انعقد فاسدا ويزول الفساد
بالزرع على ما قيسه قال رحمه الله (وإن استأجر حمارا إلى مكة ولم يسم ما يحمل فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن) لأن العين
أمانة في يده وإن كانت الإجارة فاسدة لأن الفاسدة تعتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه فلا يضمن ما لم يتعد فإذا تعدى
ضمن ولا أجر عليه قال رحمه الله (وإن بلغ مكة فله المسمى) لأن الفساد كان لجهالة ما يحمل فإذا حمل عليه شيئا تعين ذلك فانقلب
صحيحا لزوال الموجب له فيما ولو استأجر دابة وجحد الإجارة في أثناء الطريق يجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار ولا يجب
الأجر لما بعده عند أبي يوسف لأنه بالجحود صار غاصبا والأجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد يجب الأجر كله اهـ قال رحمه الله
(وإن تشاجرا قبل الزرع والحمل نقضت الإجارة دفعا للفساد) إذ الفساد باق قبل أن يرتفع الجهالة بالتعيين بالزرع والحمل دون وقت
حكم الإجارة الفاسدة نقضها قبل تمام المدة ووجوب الأجرة بعد الاستعمال فكان ينبغي أن يقدم على وجوب الأجرة
بعد الاستعمال ولما قدم الأجر لكثرة وقوعها فيما قبل ولا يخفى أن رفع الفاسد واجب سواء تشاجرا أو لم يتشاجرا فكان عليه أن
لا يقيده بذلك ولو قال وعليهما أن يرفعا العقد لكان أولى لأن رفعه واجب عليهما تشاجرا أو لا والله تعالى أعلم

﴿باب ضمان الأجير﴾

لما فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان لأنه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الإجارة
فيحتاج إلى بيانها كذا في غاية البيان ولا يخفى أن الأجير على ضربين خاص ومشترك فشرع المؤلف يبين ذلك ولا يخفى أن
معنى ضمان الأجير إثباتا ونفيا ولو لم يكن معناه ذلك بل معناه إثبات الضمان فقط لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول
الإمام أصلا لأنه لا ضمان عنده على أحد من الأجير المشترك والخاص قال رحمه الله (الأجير المشترك من يعمل لغير واحد)
قال الأكمل والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري اهـ يعني أن السؤال عن توجيه تقديم المشترك يتوجه على
تقدير العكس ولا يصح سوى الاختيار قال صاحب النهاية فإن قيل تعريف المشترك بقوله من يعمل لغير واحد تعريف يدل
على عاقبته إلى الدور لأن هذا حكم لا يعرفه إلا من يعرف الأجير المشترك ولو كان عارفا بالأجير المشترك لا يحتاج إلى هذا
التعريف ولو لم يكن عارفا به فبمثل ذلك لا يحصل له تعريف الأجير المشترك لأنه يحتاج إلى السؤال عمن لا يستحق الأجر حتى
يعلم من هو فلا بد للمعرف أن يقول هو الأجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم هو كذلك إلا أن هذا تعريف بالحكم على ما هو
أشهر سمته في مفهوم المتعلمين أو هو تعريف بما لم يذكر بما قد سبق ذكره لأنه ذكر قبل هذا استحقاق الأجير بالعمل بقوله
أو باستيفاء المعقود عليه في باب الأجرة متى يستحق فصار كأنه قال وما عرفته بأن الأجير هو الذي يستحق الأجر باستيفاء
المعقود عليه هو الأجير المشترك إلى هنا كلامه واعترض بأن الجواب فيه خلل من أوجه أما أولا فلأن قوله في أول الجواب
نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن إصلاحه وأما ثانيا فلأن كون الأجير المشترك حكما
وما ذكره في التعريف أشهر سمته ممنوع ولو كان كذلك لما صح الجواب إذا استشكل عمن يستحق الأجرة حتى يعلم وأما ثالثا
فلأن المذكور في باب الأجرة متى يستحق غير مختص بالأجير المشترك قال الأكمل تعريف الأجير المشترك يستلزم الدور لأنا
لا نعلم من يعمل لغير واحد حتى نعرف الأجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف به وهو الدور وأجيب
بأنه قد علم مما سبق من يستحق الأجير بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة المعرف وقال بعضهم الأجير المشترك من يعمل لغير
واحد كالخياط والصباغ اهـ وبيان ذلك أن معنى الأجير المشترك من لا يجب عليه أن لا يختص بواحد يعمل لغيره أو لم يعمل
ولا يشترط أن يكون عاملا لغير واحد بل إذا عمل لواحد فهو مشترك إذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغير واحد قال
الشارح والأولى أن يقال الأجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض والخاص من يكون

العقد

العقد واردا على منفعته ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة والمسافة ومنافعه معلومة في حكم العين في المشترك المعقود عليه
الوصف الذي يحدث في العين بفعله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه التقبل وحكم الاجير المشترك أن يتقبل العمل لغير
واحد والخاص لا يمكنه أن يعمل لغير واحد وفي الاصل ما معناه المشترك من يقع العقد على العمل المعلوم فيصح بدون بيان
المدة والاجارة على المدة لا تصح الا ببيان نوع من العمل واذا جمع بين العمل والمدة يعتبر الاول فلو استأجر راعيا يرعى له غنمه
المعلومة بدرهم شهرا فهو أجير مشترك الا اذا صرح في آخر كلامه بما يدل على الخاص بأن قال لا يرعى غنم غيري واذا ذكر
المدة أولا كان يستأجر راعيا شهرا يرعى غنمه المعلومة بدرهم فهو أجير خاص الا اذا صرح في آخر كلامه بما يدل على انه
مشترك بأن يقول ارع غنمي وغنم غيري قال رحمه الله (ولا يستحق الاجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ والخياط والنساج)
لان الاجارة عقد معاوضة فيقتضي المساواة بينهما كما تقدم أقول لا يخفى ان هذا اختاره القدوري في تعريف المشترك ولم يرد
عليه قال صاحب العناية وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل معرف والتعريف بالمعرف لا يصح عند عامة المحققين والحق
أن يقال انه من التعريفات المثلية وفي العناية المشترك الحمال والملاح والحائك والخائط والنداف والصباغ والقصار
والراعي والحجام والبزاغ والبناء والحفار اه قال رحمه الله (والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك) يعني لا يضمن ما هلك
سواء هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالسرقة أو بما لا يمكن كالحريق الغالب والغارة المكابرة وهذا عند الامام وقالا يضمن
اذا هلك بما يمكن التحرز عنه لان عليا وعمر ضمناه ولان المعقود عليه الحفظ وبما ذكر لم يوجد الحفظ التام كما في الوديعة اذا
كانت بأجر وكما اذا هلك بفعله ولأبي حنيفة ان القبض حصل باذنه فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية ولهذا لا يضمن
فيما لا يمكن التحرز عنه كالموت والغصب ولو كان مضمونا عليه لما اختلف الحال ولا نسلم ان المعقود عليه هو الحفظ بل العمل
والحفظ تبعا بخلاف الوديعة بأجرة لان الحفظ وجب مقصودا بخلاف ما اذا تلف بعمله لان العقد يقتضي سلامة المعقود
عليه وهو العمل فاذا لم يكن سليما ضمن وقد روي عن عمر وعلي انهما كانا لا يضمنان الاجير المشترك وهو قول ابراهيم
النخعي فتعارض عنهما الرواية فلا تلزم حجة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان يرد بأن الاختلاف موجود بين الصحابة
وبين أئمتنا رضي الله عنهم ومبنى الاختلاف ان عندهما الحفظ معقود عليه وما لا يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا والوجوب
فيكون العقد واردا عليه وعنده لا يكون واردا عليه وقد تقدم أن قولهما يفتى في هذا الزمان لتغير أحوال الناس وان شرط
الضمان على الاجير فان كان فيما لا يمكن التحرز عنه لا يجوز بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد وان كان فيما يمكن التحرز
عنه يجوز عندهما خلافا للامام وفي الدراية أخذ الفقيه أبو الليث في الاجير المشترك بقول الامام وبه أفتى وفي المزارعة والمعاملة
الفتوى على قولهما لمكان الضرورة وفي السراجية وأفتى بعضهم بالصلح على نصف القيمة فيما هلك في يد الاجير المشترك فيما
يمكن الاحتراز عنه في عمله وقيد بالهلاك ليحترز عن اخذ قال في المحيط دفع الى قصار ثوبا ليقصره فجاء ليطلب ثوبه فدفع اليه
القصار ثوبا آخر فهو ضامن له وكل من أخذ شيئا على انه له ولم يكن له فهو ضامن ولو كان صاحب الثوب أرسل رجلا ليأخذ
ثوبه فلا ضمان على الرسول وان أخذ الرسول الثوب بعينه القصار فرب الثوب بالخيار ان شاء ضمن القصار أو الرسول وأيهما
ضمن لم يرجع على الآخر اه وفي المضمرات واذا ضمن عندهما ان كان الهلاك قبل العمل ضمن قيمته غير معمول
ولا أجر عليه وان كان بعد العمل فرب الثوب ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر عليه وان شاء أعطاه قيمته معمولا
ويعطيه أجرته قال في شرح الطحاوي معناه يحط عنه قدر الاجرة ولو ادعى الرد على صاحبه وصاحبه ينكر القول قول
الاجير عند الامام ولكن لا يصدق في دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب قال رحمه الله (وما تلف من عمله كتخريق
الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون) هذا جواب المسائل كلها
وقال الامام الشافعي وزفر لا يضمن لانه مأذون فيه فصار كالمعين للدقاق والامر المطلق ينتظم العمل بنوعيه المعيب
والسليم ولا يمكن التحرز عن الدق المعيب ولنا ان التلف حصل بفعل غير مأذون فيه لان المأذون فيه هو السليم دون
غيره عرفا وعادة فيضمن وفي المحيط ولو تخرق لتقصيره في العمل أو لعدم معرفته بالعمل يضمن عندنا وعند زفر وقيد
بقوله بعمله فشمل عمله بنفسه وعمل أجيره لانه عمله حكما قال في المحيط ثم الاجير المشترك انما يضمن ما تلف في يده بشرائط

بالة الاولى أن يكون في يده فوقعت السفينة ولم يكن له قدرة على ذلك كما لو غرقت السفينة من موج أو ريح أو صدمة جبل صدمها
لا ضمان على الملاح اتفاقا أن يكون محل العمل مسلما اليه بالسفينة فلو لم يكن محل العمل مسلما اليه بأن كان رب المتاع في
السفينة أو وكيله فانكسرت السفينة بعمل الملاح لم يضمن وأما الثالث وهو أن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد
فلو استأجر دابة لحمل عبد صغير أو كبير فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سوقه أو قوده قال في الخط لو لقى رجل أجير
القصار لا يستمسك فالضمان على القصار لا على الأجير لأن التلف حصل من عمل القصارة ولو وطئ ثوبا فتخرق فان كان
يوطأ مثله فلا ضمان عليه لأنه مأذون دلالة وان كان لا يوطأ بأن كان رقيقا ضمن ولو وقع من يده سراج فاحترق ثوب من القصارة
أو حمل شيئا فوقع على ثوب القصارة فتخرق فالضمان على الاستاذ ولو استأجر رجلا ليخدمه فوقع شيء من يده من متاع البيت
فهذا لا يضمن ولو وقع الحجر على ثوب وديعة عند الاستاذ فتخرق ضمن الأجير لأنه ليس بمأذون فيه وذكر في الأصل انفلتت
المدقة من يد الأجير فأصابت شيئا فضمانه على القصار ولم يفصل بين ثوب القصارة وغيره ومشايخنا فصلوا فقالوا ان وقع
على ثوب الوديعة ابتداء وخرقه ضمن الأجير وان وقع على ثوب القصارة ابتداء ضمن الأستاذ دون الأجير لأنها انفلتت
ابتداء على ثوب الوديعة فهذا عمل غير مأذون فيه فيضمن فأما اذا انفلتت على ثوب القصارة ابتداء فهو عمل مأذون فيه الأجير
فيضمن الاستاذ وعلى هذا التفصيل اذا أصاب آدميا وكذا لو مشى الضيف على بساط المضيف فتخرق من مشيه لم يضمن
لأنه مأذون فيه وكذا لو انقلب الاواني فانكسرت بخلاف ما اذا وقع آنية من الاواني فأفسدها يضمنها لأنه ليس بمأذون
فيه ولو حمل القصار ثوبا على حمل فضرب حوله فرحمه فالضمان على الحمال والراعي اذا ساق الغنم فماتت أو وطئ بعضها
بعضا فان كان أجيرا مشتركا ضمن وان كان أجيرا خاصا فلا ضمان عليه اهـ مختصرا وقوله من دقه أي دقه حقيقة
أو حكما كدق أجيره وقوله كزلق الحمال قال في الجامع الصغير استأجر حمالا ليحمل له كذا الى موضع كذا فزلق
الحمال في بعض الطريق ان حصل بعثاية يده ضمن وان حصل بما لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمن عند الامام وعندهما يضمن
وفي الذخيرة هذا اذا عطب في وسط الطريق ولو زلقت رجله بعد ما انتهى الى المكان المشروط فله الأجر ولا ضمان عليه وهو
قول محمد أخيرا وعلى قوله أولا يضمن هنا أيضا وفي الولوالجية ولو مطرت السماء فأفسدت الحمل أو أصابته الشمس فأفسد
فلا ضمان على قول الامام وعند أبي يوسف يضمن وفي الأصل استأجر دابة ليحمل عليها شيئا فعثرت الدابة فوقع الحمل أو
المملوك لا يضمن المملوك ويضمن الحمل قالوا انما يضمن المتاع اذا كان الصبي لا يصلح لحفظ المتاع لأنه لو كان يصلح له
لا يضمن المتاع ولو مر بدابته على قنطرة وفيها حجر وسب فوقع فيه حمله فتلف يضمن وفيه رأي الحمال المستأجر لأنه لو لم
يستأجره قال في المحيط استأجر قدرا فلما فرغ حمله على حماره فزلق رجل الحمار فوقع فانكسر القدر فان كان الحمار
يطيق حمل ذلك فلا ضمان عليه وان كان لا يطيق فانه يضمن اهـ قوله وانقطاع الحبل الذي يشد به الحمل قال محمد في الأصل
اذا انقطع حبل الحمال فسقط الحمل وتلف ضمن قيد بقوله يشد به الحمل لأنه لو كان الحبل لصاحب المتاع لا يضمن قال في العناية
ولو حمل بحبل صاحب المتاع فتلف لم يضمن وقال في الهداية وقطع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنعه ولقائل أن يقول
تقدم أن الأجير المشترك لا يضمن ما تلف في يده ان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز وفرق بأن التقصير هنا في نفس العمل
فيضمن وهناك في نفس الحفظ فلا يضمن ولو دفع رب المتاع للحمال أجرة حمله فسقط لم يضمن لأن التسليم اليه لم يتم
ولو حمله ثم استعان في موضعه برب المتاع فوضعه فتلف ضمن عند أبي يوسف ولم يضمن عند محمد ولو قال احمل أيهما
شئت هذا بدرهم وهذا بنصف درهم فحملهما فله نصف أجرهما ويضمنهما ان هلكا ولو حمل أحدهما أولا فهو متطوع في الثاني
ويضمنه ان هلك لأنه حمله بغير اذن ولو استأجره ليحمل له حلاوة فيه فوقعها وأتلفها فلا أجر ولا ضمان لأنه ليس بمال ولو
استأجره ليحمل هذه الدراهم الى فلان فأنفقها في بعض الطريق ثم دفع مثلها الى فلان فلا أجر له لأنه ملكها بأداء
الضمان وفي الواقعات استأجره ليحمل كذا في طريق كذا فأخذ في طريق آخر يسلكه الناس فتلف لم يضمن قوله
وغرق السفينة من مده أطلق في قوله من مده فظاهره أنه يضمن سواء كان رب المتاع معه أو لم يكن وليس كذلك قال في
الأصل الملاح اذا أخذ الأجرة وغرقت السفينة من موج أو ريح أو مطر أو فزع وفي الخانية أو من شيء وقع عليها أو من شيء

ليس

ليس في وسعه دفعه فلا ضمان عليه وإن حصل الغرق من أمر تمكن التحرز عنه فكذلك عند الإمام وعندهما يضمن وإن حصل الغرق من مده وصاحب المتاع معه لم يضمن وفي الأصل وإن كان صاحب المتاع في السفينة أو وكيله وغرقت السفينة من مده ومعالجته فلا ضمان إلا أن يخالف بأن صنع فيها شيئاً أو يعمل فيها فعلا متعمدا للفساد وهذا خلاف ما إذا أخرت الدابة فسقط المتاع فهلك وصاحب المتاع معه فإن الأجير يضمن اهـ والمراد بالمد جمل السفينة التي بيده وفي التتمة استأجر سفينة ليحمل عليها الأمتعة هذه فأدخل الملاح عليها أمتعة أخرى بغير رضاه وغرقت وهي كانت تطيق ذلك لم يضمن الملاح اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يضمن به بني آدم﴾ ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة ولو كان بسوقه وقوده لأن الآدمي لا يضمن بالعقد وإنما يضمن بالجناية قيل هذا إذا كان كبيرا ممن يستمسك بنفسه ويركب وحده وإلا فهو كالمتاع والصحيح أنه لا فرق قال رحمه الله ﴿وإن انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في مكان حمله ولا أجر أو في موضع الانكسار وأجره بحسابه﴾ أما الضمان فلأنه تلف بفعله لأن الداخل تحت العقد عمل غير مفسد والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره فلم يكن متعديا وإنما صار تعديا عند الكسر فيميل إلى أي الجهتين شاء فإن مال إلى كونه متعديا من الابتداء ضمنه قيمته ولا أجر له وإن مال إلى كونه مأذونا فيه في الابتداء وإنما حصل التعدي عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر وأعطاه الأجر بحسابه قال في شرح الطحاوي معناه أسقط قدر الأجرة هذا إذا انكسر بصنعه بأن زلق أو عثر فإن عثر بغير صنعه بأن زحمه الناس لا يضمن عند الإمام ولا أجر له وعندهما يضمن قيمته في موضع ما انكسر ولا يخير لأن العين مضمونة عندهما على ما بينا قال في التتارخانية هذا إذا انكسر الدن بجناية يده أما إذا حمل لا بجناية يده فإن كان بأمر لا يمكن التحرز عنه لا ضمان عليه بالإجماع وإن هلك بأمر يمكن التحرز عنه فكذلك عند الإمام وعندهما يجب الضمان وله ذلك الخيار وقوله في الطريق قال في المحيط قيد اتفاقي فإذا انكسر الدن بعد ما انتهى به إلى بيته فله الأجر ولا ضمان عليه وهذا قول محمد آخرا أما على قول أبي يوسف وهو قول محمد أولا يجب أن يكون ضامنا اهـ وقد تقدم قال رحمه الله ﴿ولا يضمن حجام أو فصاد أو بزاغ لم يتعد الموضع المعتاد﴾ لأنه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه والعمل الواجب لا يجامعه الضمان كما إذا حده القاضي أو عزره فمات المضروب بذلك إلا إذا كان يمكنه التحرز عن ذلك كدق الثوب فأمكن تقييده بالسليم بخلاف الفصد ونحوه فإنه يبتني على قوة الطبع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمله الجرح ولا يمكن تقييده بالسليم وهو غير الساري فسقط اعتباره إلا إذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد هذا كله إذا لم يهلك وإن هلك يضمن نصف دية النفس لأنه هلك بمأذون وغير مأذون فيضمن بحسابه حتى لو أن الختان قطع الحشفة وبرئ وكمل تجب عليه الدية كاملة وإن مات تجب نصف الدية وهي من أندر المسائل وأغربها حيث تجب الأكثر بالبرء وبالهلاك الأقل وفي شرح الطحاوي لو قطع الحشفة فعليه القصاص ولو قطع بعض الحشفة فلا قصاص عليه ولم يذكر ما يجب عليه وفي الصغرى تجب حكومة عدل وفي الخلاصة الكحال إذا صب الدواء في عين رجل فذهب ضوءه لم يضمن كالختان إلا إذا غلط فإن قال رجلان إنه ليس بأهل وقال رجلان هو أهل لم يضمن فإن كان في جانب الكحال واحد وفي جانب الآخر اثنان ضمن ولو قال رجل للكحال داو بشرط أن لا يذهب بصره فذهب لم يضمن أمر رجلا أن يقلع سنه فقلعه ثم اختلفا فقال أمرتك أن تقلع غيره وقال الحجام أمرتني بقلع هذا فالقول قول الآمر اهـ وفي الظهيرية ولو نزع واختلفا فالقول للآمر ويضمن النازع أرش السن وفي الخلاصة ولو قلع ما أمر ولكن سن آخر متصل بهذا السن سقط ضمنه وظاهر عبارة المؤلف أن الضمان ينتفي بعدم المجاوزة وذكر في الجامع الصغير وحجامة العبد بأمر المولى حتى إذا لم يكن بأمر المولى يجب الضمان قال في الكافي عبارة المختصر ناطقة بعدم التجاوز وساكتة عن الإذن وعبارة الجامع الصغير ناطقة بالإذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به هذا بيانا لما سكت عنه الآخر ويستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان حتى إذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اهـ قال رحمه الله ﴿والخاص يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم﴾ يعني الأجير الخاص يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة عمل أو لم يعمل قال الأكمل وما يرد على تعريف الأجير المشترك يرد مثله على تعريف الخاص اهـ وسمي الأجير خاصا ووحدا لأنه يختص بالواحد وليس له أن يعمل لغيره ولأن منافعه صارت مستحقة للمستأجر والأجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنع مانع من العمل

كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن ولم يتعرض المؤلف لما اذا عمل لمتعدد وتحقيق بيان ذلك قال في المحيط ولو أجر نفسه من غيره وعمل للاول والثاني استحق الاجر كاملا على كل واحد منهما ولا يتصدق بشيء ويأثم اهـ قال صاحب الهداية والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يستحق الاجر عليه وان نقص العمل قال صاحب النهاية نقص على السماء المعمول بخلاف الاجير المشترك فانه روي عن محمد في خياط خاط ثوب رجل فخرقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط ان يعيد العمل لانه لو أجبر لكان بحكم العقد الذي وقع في ذلك فقد انتهى تمام العمل وان كان الخياط هو الذي نقض فعليه ان يعيد العمل لانه لما نقضه صار كأنه لم يحصل منه عمل ومثله الاسكافي والملاح حتى اذا أراد الملاح رد السفينة منع من ذلك وانما يكون أجيرا خاصا اذا شرط عليه ان لا يرعى لغيره أو ذكر المدة أولا لانه جعله خاصا أول كلامه حيث ذكر المدة أولا وقوله لرعي غنمه يحتمل ان يكون لايقاع العقد على العمل فيصير مشتركا ويحتمل ان يكون لبيان نوع العمل فان الاجارة على المدة لا تصح ما لم يبين نوع العمل فلم يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال ولو قدم ذكر العمل وأخر المدة بان قال ارع غنمي بدرهم شهرا كان أجيرا مشتركا لانه جعله مشتركا أول كلامه بايقاع العقد على العمل وقوله شهرا يحتمل ان يكون لايقاع العقد على المدة فيكون خاصا ويحتمل ان يكون لتقدير العمل في المدة فلا يتغير أول كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه وفي المحيط فاذا كان خاصا فماتت شاة أو أكلها سبع أو سرقت في نهر فلا ضمان على الراعي لانه أمين ولا ينقص من الاجر بحسابها لان المعقود عليه تسليم نفسه وقد وجد ولهذا لو سلم نفسه ولم يأمره بالرعي يجب الاجرة وهو يصدق فيما يدعيه من الهلاك مع اليمين ولو سلم الى الراعي عددا فأراد أن يزيد عليه والراعي يطيقه فله ذلك استحسانا لان المستحق عليه الرعي بقدر ما يطيق لا رعي أغنام بعينها حتى لو استأجرها لارضاع صبي فأراد أن يرضع صبيا آخر ليس له ذلك لان العقد وقع على العمل وفيه زيادة عمل ولو كان الراعي أجيرا مشتركا كان حكمه حكم الظئر لمعلق العقد بالمسمى فلا يزيد عليه ويلزمه رعي الاولاد وما نتج منها سقط من الاجر بحسابه ولو شرط عليه رعي الاولاد صح استحسانا لان هذه الجهالة غير مفضية الى المنازعة وراع مشترك خلط الاغنام فالقول في التمييز للراعي مع يمينه ان جهل صاحبه وان جهل الراعي يضمن قيمة الكل لان الخلط استهلاك شرط على المشترك ان يأتي بعلامة ما ان لم يأت فهو ضامن وليس للراعي ان ينزي على الغنم الا باذن مالكها فان فعل فعطبت ضمن لان هذا ليس من الرعي فان نزى الفحل بدون فعله لم يضمن عند الامام وعندهما يضمن لانه مما يمكن الاحتراز عنه ندت واحدة فخاف على الباقي ان تبعها فلا ضمان عليه عند الامام لانه ترك حفظها بعذر وعندهما يضمن ولو سرقت غنم وهو نائم لم يضمن عند الامام وعندهما يضمن ولو ذبح الراعي شاة خوفا عليها ضمن قيمتها يوم الذبح قال مشايخنا هذا اذا كان يرجى حياتها وان كان لا يرجى لا يضمن لانه مأذون فيه في هذه الحالة عطب بعض الغنم فقال المالك شرطت عليك ان ترعى في مكان كذا غير هذا المكان وقال الراعي شرطت هذا المكان فالقول قول المالك والبينة للراعي وهذا عند الامام وعندهما يضمن ولا يأخذ المصدق من الراعي فان أخذ منه فلا ضمان لانه ليس في وسعه دفع السلطان والهلاك اذا كان بأمر لا يمكن التحرز عنه لا يضمن بالاجماع جعل الاجرة لبنها وصوفها فالاجارة فاسدة للجهالة في اللبن والصوف والراعي ضامن لما أصاب من لبنها وصوفها اهـ مختصرا قال رحمه الله ﴿ولا يضمن ما تلف في يده أو بعمله﴾ أما الاول فلان العين أمانة في يده لانه قبضها باذن مالكها فلا يضمن بالاجماع وهذا ظاهر على قول الامام وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك كان نوع استحسان وقد تقدم وجهه والاجير الخاص يعمل في بيت المستأجر ولا يتقبل الاعمال من غيره فأخذنا فيه بالقياس وأما الثاني فلان المنافع صارت مملوكة للمستأجر وأمره بالصرف الى ملكه فصح وصار نائبا عنه وصار فعله منقولا اليه لانه فعله بنفسه ولان البدل ليس بمقابلة العمل بدليل أنه يستحق الاجر وان لم يعمل وهذا لان المبيع منفعته وهي سليمة وانما الخرق في العمل الذي هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونا وعليه ولا يشترط فيه السلامة فلا يضمن ما تلف الا اذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي كالمودع وفي المحيط وعلى هذا التفصيل في الضمان تلميذ النجار وأجيره وكذا أجير الصائغ قال رحمه الله ﴿وصح ترديد الاجر بترديد العمل في الثوب نوعا وزمانا في الاول﴾ يعني يجوز أن يجعل الاجر مرددا بين تسميتين ويجعل العمل مترددا في الثوب بين نوعي العمل بأن يقول ان خطته فارسيا فبدرهم أو روميا فبدرهمين أو صبغته بعصفر فبدرهم أو بزعفران فبدرهمين أو يجعل العمل مترددا بين زمانين بأن يقول ان خطته اليوم فبدرهمين وان خطته غدا فبنصف درهم يجوز في الاول دون الثاني وهو معنى قوله وزمانا في الاول ويجوز الترديد بين ثلاثة أشياء

ولا

ولا يجوز بين أكثر كما تقدم ولو قال المؤلف رحمه الله تعالى وصح ترديد الأجر بترديد العمل نوعا وزمانا في الأول فيما دون الأربعة لكان أولى لأنه يفهم من الإطلاق أنه يصح في أكثر من الأربعة وهذا خيار التعيين إلا أنه لا بد في البيع من اشتراط الخيار وفي الإجارة لا يشترط ذلك والفرق أن تحقيق الجهالة في البيع لا يرتفع إلا بإثبات الخيار بخلاف الإجارة واستشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التي في طرف الأجرة ترتفع كما ذكر أما التي في طرف العين المستأجرة فهي ثابتة وتفضي إلى المنازعة فينبغي أن لا تصح بدون شرط التعيين اهـ وهذا التفصيل في الزمان قول الإمام وقالا الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان فيكون مجهولا ولهما أن ذكر اليوم للتوقيت وغدا للتعليق ولا يجتمع في كل يوم تسميتان وللإمام في الأول قال فارسيا أو روميا فسمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل منهما بدلا معلوما فيجوز للإمام أيضا إذا كان الترديد في الزمان أن ذكر اليوم للتعجيل والغد للإضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم دليل المجاز وقد قام الدليل على إرادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لأن مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز لأن تعيين العمل مع التوقيت مفسد فإن تعيين العمل يوجب كونه أجيرا مشتركا وتعيين الوقت يوجب كونه خاصا وبينهما تفاوت ولا يجتمعان فتعين المجاز كي لا يفسد عملا على التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل على إرادة المجاز بل قام الدليل على إرادة الحقيقة وهو الإضافة يعني في التعليق فتركناه على حقيقته فإذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر غد للإضافة لم يجتمع في اليوم إلا تسمية واحدة فلم يفسد فإذا خاطه اليوم فله الدراهم واجتمع في غد تسميتان فوجب حمله على الإضافة وهذا يناقض ما قدمه من أنه إن كان العمل أولا فالزمان لغو أو الزمان أولا فالعمل لغو وهو في الأول أجير مشترك وفي الثاني أجير خاص وإذا خاطه في غد فله أجر مثله لا يزاد على نصف درهم بخلاف الفارسية والرومية لأنهما عقدان مختلفان لم يجتمعا فافترقا ويشكل على ما قال به في اليوم والغد مسألة الراعي فإنها جمع فيها بين ذكر الوقت والعمل وصح الإجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد بل يعتبر أجيرا مشتركا إن وقع ذكر العمل أولا وأجيرا وحده إن وقع ذكر الوقت أولا كذا ذكر في الذخيرة والمحيط قال صاحب الكافي وفي المسألة إشكال على قول الإمام حيث جعل ذكر اليوم للتعجيل ههنا حتى أجاز العقد وفي مسألة الخياط جعله للتوقيت وأفسد العقد والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة ولم نعمم هنالك وكان التوقيت مرادا فيفسد العقد وقوله ترديد الأجرة قيد اتفاقي لأنه لا فرق بين ترديد الأجرة وعدمه لما قال في المحيط البرهاني لو قال إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلا أجر لك قال محمد في الإملاء إن خاطه في اليوم الأول فله درهم وإن خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الأول وبنفي التسمية في اليوم الأول لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه فيجب أجر المثل اهـ بلفظه وفي التتارخانية بعدما ذكر هذا الفرع هذا إذا جمع بين الأمرين ولو أفرد العقد على اليوم بأن قال إن خطته اليوم فلك درهم ولم يزد على هذا فخاطه في الغد لم يذكر محمد هذا في شيء من الكتب وكان الفقيه أبو بكر البلخي يقول على قولهما يستحق أجر المثل إذا خاطه في غد وعلى قول الإمام لقائل أن يقول يجب ولقائل أن يقول لا يجب ذلك وأن يقول هذا العقد هنا فاسد على قول الإمام لأنه جمع بين الوقت والعمل ولم تقم قرينة على أنه أراد بالوقت التعجيل فما وجه القول بالصحة وفي العتابية إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته في غد فلا شيء لك فسد العقد لأنه شرط القمار وقيل يصح في اليوم ويفسد في الغد ولو قال ما خاطه اليوم فبحساب درهم وما خاطه غدا فبحساب نصف درهم يفسد لأنه مجهول ولو قال ما خاطه من هذه الثياب روميا فكذا أو فارسيا فكذا يفسد للجهالة وهذا التفصيل في صورة المتن هو المذكور في الجامع الصغير وحكى الفقيه عن أبي القاسم الصفار ينبغي أن يفسد العقد في اليوم والغد بلا خلاف وإن خاطه في الغد فله أجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم وهذا يشير إلى أنه يجوز أن يزاد على نصف درهم وهو رواية الأصل وفي المسألة روايتان وصحح القدوري رواية ابن سماعة وهو الصحيح وهو المذكور في المتن ولم يتعرض لما إذا خاط بعضه في اليوم وبعضه في غد ونحن نبين ذلك قال في العناية ولو خاطه نصفه في اليوم ونصفه في الغد يجب في اليوم نصف درهم وفي الغد أجرة مثله لا يزاد على نصف درهم ولا ينقص عن ربع درهم وقوله زمانا في الأول قيد اتفاقي لأنه لو ردد في الأجرة كذلك وأطلق في قوله زمانا في الأول وشمل ما إذا قدم الأول وأخر الغد وقدم الغد وأخر اليوم يصح العقد في الغد ويفسد في اليوم قال في العيانية ولو بدأ بالغد ثم اليوم

وعند الامام الصحيح هو الاول وفي اجارة الاصل لو قال ان حلته اليوم فلك درهم وان لم تفرغ منه اليوم فلك نصف درهم ذكر الخلاف على نحو ما ذكر في المتن قال رحمه الله ﴿وفي الدكان والبيت والدابة مسافة رجلا﴾ يعني يجوز أن يجعل الاجر مترددا في الدكان بان يقول ان سكنت حدادا فبدرهم وان سكنت عطارا فبدرهمين او مترددا بين مسافتين في الدابة أو بين حملين بان يقول ان ذهبت الى بغداد فكذا والى الكوفة فكذا أو ان حملت قطنا فكذا وان حملت حديدا فكذا وهذا قول الامام وعندهما لا تجوز هذه الاجارة لهما ان الاجرة والمنفعة مجهولتان لان الاجر في الأجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدرى أي العملين يقدر ولأي التسميتين تجب وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجارة لا تجب فيه الا بالعمل وبه ترتفع الجهالة وبخلاف الترديد في اليوم والدلالة عندهما كمسئلة الرومية والفارسية فلا يجب الاجر الا بعد العمل فعند ذلك هو معلوم هذا هو القاعدة فان قلت ما الفرق على قولهما بين الترديد في العمل والزمان حيث جوزاها ومنعاه في البيت والدكان والامام جوزهما ومنع في الزمان قلت قالا التفاوت في السكنى فاحشة فمنعاه والامام قال هو وصى بان حال الضرر على نفسه فاجازه وللامام انه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما أجرا معلوما فوجب ان يجوز كما في الرومية والفارسية والاجارة تعقد للانتفاع فالظاهر ان يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة بخلاف الترديد في اليوم والغد على ما تقدم وهذا يجوز الترديد بين شيئين بان يقول أجرتك هذه الدار كل شهر بمائة أو هذه الدار بمائتين أو هذه الدار بثلاثمائة ولا يجوز بين أكثر من ذلك لما تقدم وفي الكبرى واختلف المشايخ على قول الامام في مسئلة الدابة والدار اذا سلم ولم يسكن ولم يحمل عليها ولم يركبها قال بعضهم يجب أقل الاجرين وهو المقابل لادنى العملين والزائد مشكوك فيه ولا يجب بالشك وقال بعضهم اذا وجد التسليم ولم توجد المنفعة جعل التسليم لهما اذ ليس أحدهما اولى من الآخر فيجب نصف أجر كل من الحداد والقصار ونصف أجر الحمل ونصف أجر الركوب وفي التتارخانية وذكر الكرخي من استأجر دابة من بغداد الى البصرة بخمسة والى الكوفة بعشرة فان كانت المسافة الى البصرة نصف المسافة الى الكوفة فالعقد جائز وان كان أقل أو أكثر لا يجوز على قول محمد وقال الامام يجوز وفي نوادر هشام عن محمد اذا قال لغيره ان حملت هذه الخشبة الى موضع كذا فبدرهم وان حملت هذه الاخرى الى موضع كذا فبدرهمين فحملهما الى ذلك الموضع فله درهمان وهو يخالف رواية ان سماعة اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط﴾ لان مطلق العقد تناول الخدمة في الاقامة وهو الاعم الاغلب وعليه عرف الناس فانصرف اليه فلا يكون له ان ينقله الى خدمة السفر لانه أشق ولان مؤنة الرد على المولى فيلحقه ضرر بذلك فلا يملكه الا باذنه بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان مؤنة الرد عليه ولم يوجد العرف في حقه لا يقال المالك للمنفعة مالك ان يسافر به كالمولى لانا نقول المولى انما ملك ذلك لانه ملك الرقبة قيد بقوله ولا يسافر وأفاد ان له أن يستعمل فيما دون السفر وفي المحيط استأجر عبدا ليخدمه ولم يبين مكان الخدمة له ان يستخدمه بالكوفة دون خارج الكوفة قال شمس الأئمة يعني لا يسافر بالعبد وله أن يخرجه الى القرى وأفنيه المصر ويستخدمه الى العشاء الأخيرة وليس له ان يضر به وله ان يكلفه أنواع الخدمة وخدم ضيفانه واصدقائه وأطلق في قوله ولا يسافر وهو مقيد بما اذا لم يكن متهيئا للسفر وقد عرف بذلك لان المعروف كالمشروط ولو سافر به صار غاصبا ولا أجر عليه ان سلم لان الضمان والاجر لا يجتمعان وفي المحيط لا يكلفه الخبز والطبخ والخياطة وعلف الدواب قال شيخه ان يعقده خياطا ليخيط للناس أو حمارا ليخبر للناس لانه ليس من الخدمة بل من التجارة واما اذا خاط له وخبز له فله ذلك لانه من أنواع الخدمة ولو دفع عبده الى حائك ليعلمه النسج واشترط عليه أن يحذقه في ثلاثة أشهر لم يجز لان التحذيق ليس بعمل معلوم ولو أجر عبده سنة فاعتق العبد في خلال السنة جاز عتقه والعبد بالخيار ان شاء أجاز العقد فيما بقي وله أجر ما بقي من السنة وان شاء فسخ وليس للعبد أن يقبض الأجرة الا بوكالة من المولى فان كان المولى قبض الأجرة معجلا فاعتق العبد في خلال السنة فان أجاز العبد العقد فيما بقي سلم ذلك للسيد ولو كان العبد هو الذي أجر نفسه باذن المولى ثم أعتق العبد فله الخيار كما تقدم الا ان العبد هو الذي يقبض الأجرة وفي العيابية وان قبض المولى جميع الأجرة قبل عتقه فذلك له ان لم يكن على العبد دين وان كان صرف الى غرمائه والمصل له لانه كسب عبده وأفاد قوله استأجر عبدا ان الكلام فيما ذكر لانه لو استأجر أمة لا بد فيه من تفصيل أو استأجر المرأة ذكر لتخدمه لا بد فيه من تفصيل أو استأجرت حرا لا بد فيه من تفصيل ولو أجر عبده سنة فأقام العبد سنة ان مولاه أعتقه قبل الاجارة فلا أجرة للعبد ولو قال العبد انا حر وقد فسخت الاجارة

فلم يقم بينة ورفعه القاضي الى مولاه فأجبر على العمل فأقام بينة انه حر وان المولى أعتقه قبل الاجارة فلا أجر للعبد لانه لو لم يقل وجحد كان الأجر للعبد ولو كان عبدا بالغا وادعى العتق وقد أجره وقال وجحدت ثم عمل فالاجر للغلام اهـ مختصرا وفي التتارخانية ويكره للرجل أن يستأجر امرأة للخدمة حرة كانت أو أمة وان كان له عيال فلا بأس بذلك اذا كان ثقة وبه يفتى ولو استأجر الرجل امرأته للخدمة لا يجوز ولا أجر لها ولو لغسل الثياب والخياطة يجوز ولو استأجرت المرأة زوجها للخدمة لا يجوز ولا أجر عليها ولو خدم ولو استأجر أباه للخدمة لا يجوز ولا أجر له لا فرق بين الكافر والمسلم ولو استأجر أباه لرعي غنمه يجوز ولو استأجر أمه أو جدته للخدمة لا يجوز ولو خدم فله المسمى ولو استأجر عمه وهو أكبر منه أو أخاه وهو أكبر منه لا يجوز وفي فتاوى الفضلي لا يجوز اجارة المسلم نفسه من كافر في الخدمة وفيما غير الخدمة يجوز وذكر في صلح الاصل ادعى على رجل دارا فصالحه على خدمة عبده سنة كان له أن يخرج بالعبد الى أهله قال شمس الأئمة الحلواني لم يرد باخراجه الى أهله السفر وانما أراد القرية وأفنية المصر وقال شمس الأئمة السرخسي له في مسألة الصلح ان يسافر بخلاف مسألة الاجارة اهـ ويطلب الفرق قال رحمه الله ﴿ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور عليه أجرا دفعه لعمله﴾ يعني لو استأجر رجل عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل وأعطاه الأجر ليس للمستأجر أن يأخذ منه والقياس له أن يأخذه منه لان عقد المحجور عليه لا يجوز ويبقى على ملك المستأجر لانه بالاستعمال صار غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته اذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فله ان يسترده قياسا وفي الاستحسان لا يسترد لان التصرف من العبد في هذه الحالة نافع على تقدير السلامة ضار على تقدير الهلاك والنافع مأذون فيه فيملكه العبد فيخرج الاجر عن ملكه فعلمنا انه لم يتمحض تعلق حق المولى لانه اذا جاز تحصل للمولى الأجر ولو لم يجز ضاعت منافع العبد فتعين القول بالجواز وصح قبض العبد الأجرة فلا يسترد بخلاف ما اذا هلك العبد في حالة الاستعمال فانه يجب على المستأجر قيمته ولما ضمن صار غاصبا من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الأجرة "صبي محجور عليه اذا استأجر نفسه وسلم فان الأجرة له لانه غير ممنوع عما ينفعه وفي النهاية الاجر الذي يجب في هاتين الصورتين هو أجر المثل فان أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد وأجر ما مضى للمولى والأجرة في المستقبل للعبد وفي قاضيخان الأب والجد ووصيهما اذا أجر عبد الصبي سنين ثم بلغ الغلام لم يكن له أن يفسخ والصبي اذا أجر نفسه وسلم ثم بلغ له أن يفسخ الاجارة اهـ وفي المحيط المكاتب اذا أجر عبده ثم عجز المكاتب ورد في الرق فالاجارة باقية في قول أبي يوسف وقال محمد تنتقض اهـ وفي التتارخانية ولو أجر الرجل عبدا ثم استحق وأجاز المستحق الاجارة فان كانت الاجارة قبل استيفاء المنفعة جاز وكانت الاجرة للمالك وان أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تعتبر الاجارة والأجر للعاقد وان أجاز في بعض المدة فالماضي له والباقي للمالك عند أبي يوسف وقال محمد أجرة ما مضى للغاصب وما بقي فهو للمالك اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره﴾ معناه اذا غصب رجل عبدا فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب من يد العبد الأجرة فأكلها فلا ضمان عليه عند الامام وقالا عليه ضمانه لانه أتلف مال الغير بغير اذنه ولا تأويل له وللامام ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده أو بيد نائبه وهذا ليس في يده ولا يد نائبه لان الغاصب ليس بنائب عنه ولا العبد بل العبد وما في يده في يد الغاصب فلم يكن محرزا فلا ضمان فصار نظير المال المسروق في يد السارق بعد القطع ولان الأجرة بدل المنفعة والبدل حكمه حكم المبدل ولو أتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها وما تردد بين أصلين توفر فيه حظهما فرجحنا جانب المالك عند بقاء الاجر في يده فقلنا المالك أحق به ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان فقلنا لا ضمان عليه اذا أكل الأجرة بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه بالاتلاف تعديا لانه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الام فيضمنه بالتعدي كالام ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد له ولو أجر العبد كان الاجر له قال رحمه الله ﴿ولو وجده ربه أخذه﴾ يعني لو وجد رب العبد ما في يد العبد من الأجرة أخذه لانه أخذ عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فانه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك قال رحمه الله ﴿وصح قبض العبد أجره﴾ يعني لو قبض العبد الأجرة من المستأجر جاز فيه بالاجماع لانه المباشر للعقد وحقوق العقد اليه فيصح لكونه مأذونا في التصرف النافع وهذه مكررة مع قوله ولا يأخذ مستأجر من عبد محجور الى آخره لانه أفاد صحة القبض ومنع الأخذ فهي تكرار بلا فائدة فتأمل قال رحمه الله ﴿ولو أجر عبده هذين الشهرين

شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح والاول بأربعة﴾ لانه لما قال أولا شهرا بأربعة انصرف الى ما يلي العقد تحريا للصحة
كأنه سكت عليه لان الاوقات في حق الاجارة بمنزلة الاوقات في حق اليمين ان لا يكلم فلانا فان ذكرها منكرا فتعين عقيبها فاذا
انصرف الاول الى ما يليه انصرف الثاني تحريا للاخير لانه أقرب الاوقات اليه فصار كأنه صرح به قال شارح الشريعة فان قلت هذا
التعليل انما يستقيم اذا نكر الشهر وهنا عرفه بقوله هذين قلت رأيت في المبسوط وغيره استأجر عبدا شهرين شهرا بأربعة وشهرا
بخمسة فقال المستأجر استأجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اهـ
وقال صاحب العناية قيل معنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا فهو لا والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب ان المذكور
في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما في كلام المؤجر من التنكير وكان الاولى أن يقول ولو قيل اجارة عبد الى آخره ولو قال
ذلك لكان أولى وكان سلم من الاعتراض فتأمل قال رحمه الله ﴿ولو اختلفا في اباق العبد ومرضه حكم الحال﴾ يعني لو استأجر
عبدا شهرا مثلا ثم قال المستأجر في آخر الشهر أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر استناده الى أول المدة وقال أصابه
قبل ان تأتي بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من شهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر
ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا وان لم يصلح حجة كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحون وهذا
اذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر لانه لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق والظاهر يصلح له فان كان يشهد للمؤجر
ففيه اشكال من حيث انه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه انه يستحق بالسبب السابق وهو العقد وانما
الظاهر يشهد على بقائه واستمراره الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر وهذا لانهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب
فقد أقر بالوجوب عليه واذا أنكره يكون متعرضا لنقضه فلا يقبل الا بحجة وعلى هذا لو أعتق جارية وطلبها ولدها فقالت أعتقتني قبل
الولادة فهو حر وقال المولى أعتقتها بعده فهو رقيق فالقول قول من الولد في يده لان الظاهر يشهد له وكذا لو باع نخلا فيه ثمرة
واختلفا في الثمرة معها كان القول قول من في يده الثمرة وهذا كما اذا اتفقا على قدر الاجرة واختلفا في الوجوب فلو اختلفا في قدر
الاجرة واتفقا في الوجوب قال في فتاوى قاضيخان ولو اختلفا في الاجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال صاحب الثوب بدانقين
فايهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاماها فبينة الصباغ وان لم تكن لهما بينة ينظر ما زاد الصبغ في قيمة الثوب فان كان درهما أو
أكثر يؤخذ بقول الصباغ فيعطى درهما بعد يمينه بالله ما صبغه بدانقين وان كان ما زاد الصبغ فيه أقل من دانقين كان القول
قول رب الثوب مع يمينه على ما ادعى الصباغ فان كان زاد في قيمة الثوب نصف درهم يعطى الصباغ نصف درهم مع يمينه كما تقدم
وان كان ينقص الصبغ الثوب كان القول قول صاحب الثوب اهـ قال في المحيط وغيره واذا اختلف شاهدا الاجرة في مقدارها ان
كانت الحاجة الى القضاء بالعقد قبل استيفاء المعقود عليه فالشهادة باطلة سواء كان يدعي أقل المالين أو أكثرهما فان كانت الحاجة
الى القضاء بالدين بان وقع الاختلاف بعد الاستيفاء وقد تقدم ٧ ولو اختلفا في نفس المنفعة فشهد أحدهما بالركوب والآخر بالحمل
أو قال أحدهما بعشرين وقال الآخر بعشرة لم تقبل الشهادة هذا ان اتفقا على العين المؤجرة فلو اختلفا فيها قال في المحيط ولو اختلفا
في العين المؤجرة بان قال المؤجر أجرتك هذه الدابة وقال المستأجر بل هذه يتحالفان ولو اختلفا في جنس الاجرة وأقاما البينة وكل
بينة تثبت الزيادة تقبل بينة كل فيما يدعيه ولو اختلفا في المسافة فقال أحدهما مثلا في ديارنا الى الخانكا وقال الآخر الى بلبيس
يتحالفان وأيهما أقام البينة تقبل بينته وان أقاماها جميعا أخذ ببينة رب الدابة في اثبات الاجرة وبينة المستأجر في اثبات زيادة
المسافة قال رحمه الله ﴿والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة وفي الاجر وعدمه﴾ يعني اذا اختلف رب الثوب
والخياط في المخيط بان قال رب الثوب أمرتك ان تعمل قباء وقال الخياط قميصا أو في لون الصبغ بان قال رب الثوب أحمر وقال
الصباغ أصفر أو في الاجرة بان قال صاحب الثوب عملته بغير أجرة وقال الصباغ بأجرة كان القول قول رب الثوب وظاهر العبارة
أنه لا فرق بين كون رب الثوب معروفا بلبس ما ادعاه أولا والذي يقتضيه النظر ان كان معروفا بلبس ما ادعاه أن يكون القول قول
الخياط وان لم يكن معروفا أو جهل الحال يكون القول قول رب الثوب اما اذا اختلفا في الخياطة والصبغ فلأن الاذن يستفاد منه فهو
أعلم بكيفيته لانه اذا أنكر الاذن أصلا كان القول قوله فكذا اذا أنكر وصفه لان الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى عليه
شيئا لو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف فاذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه ثوبا غير معمول ولا أجر له أو قيمته

معمولا وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى على ما بينا وعن محمد أنه يضمن ما زاد الصبغ فيه لا يقال هذه مكررة مع قوله ولو اختلفا في الاجارة قبل الاستيفاء الى آخره لانا نقول هناك اتفقا على نوع العمل واختلفا في الاجرة وهنا اتفقا على الاجرة واختلفا في نوع العمل فلا تكرار وأما اذا اختلفا في الاجرة فلان المستأجر ينكر تقوم عمله ووجوب الاجر والصانع يدعيه فكان القول للمنكر وهذا قول الامام وقال الثاني ان كان الصانع حريفا له أي معاملا له بان كان يدفع اليه شيأ للعمل ويقاطعه عليه فله الاجر والا فلا وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر كان القول قوله والا فلا لانه لما فتح الدكان لذلك جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا لظاهر المقاصد وقولهما استحسان والقياس قول الامام والفتوى على قول محمد فان قلت هذه مكررة مع قوله وبخياطة قباء وأمر بقميص فالجواب ان تلك باعتبار الضمان وهذا باعتبار أن القول لرب الثوب عند الاختلاف فلا تكرار وفي التتارخانية ولو اختلف هو والقصار في أجر الثوب فقال القصار بربع درهم وقال رب الثوب عملته بغير أجر فان اختلفا قبل الشروع في العمل تحالفا وترادا وان كان بعد الفراغ من العمل فالقول قول رب الثوب ولم يحكم بمقدار ما زادت القصارة فيه اهـ والله أعلم

﴿باب فسخ الاجارة﴾

ذكر الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجوده لا محالة فناسب ذكره آخرا قال رحمه الله ﴿وتفسخ بالعيب﴾ أي تفسخ الاجارة بالعيب وظاهر قوله تفسخ أفاد أنها لا تتوقف على رضا الآخر ولا على القضاء وفي التتارخانية واذا تحقق العذر هل ينفسخ بنفسه أو يحتاج الى الفسخ اشارات الكتب متعارضة ففي بعضها ينفسخ بنفس العذر وبه أخذ بعض المشايخ وفي عامتها يحتاج الى الفسخ وعليه عامة المشايخ وهو الصحيح وقيل العقد ينفسخ بدون الرضا قيل هو الصحيح وبعض المشايخ قال ان كان العذر يمنع المضي ينفسخ بنفسه ولا يحتاج الى القضاء وان كان لا يمنع المضي يحتاج الى القضاء اهـ وفي الزيادات رفع الامر الى القاضي ليفسخ الاجارة قال شمس الائمة رواية الزيادات أصح كذا في الخلاصة وفي الجامع الصغير يشترط لصحة الفسخ الرضا أو القضاء اهـ وأطلق المؤلف في العيب وقال في البدائع هذا اذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر فان كان لا يضر بالانتفاع به بقي العقد لازما ولا خيار للمستأجر كالعبد المستأجر ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط في الدار المستأجرة حائط لا ينتفع به في سكناها الى آخره بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع لانه اذا كان يضر بالانتفاع فالنقصان يرجع الى المعقود عليه فأوجب له الخيار فله أن يفسخ ثم انما يلي الفسخ اذا كان المؤجر حاضرا فان كان غائبا فحدث بالمستأجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما فلو كان لا يضر بها فليس له الفسخ كالعبد المستأجر اذا ذهب احدى عينيه وهي لا تضر بالخدمة أو الدار اذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها وان كان تؤثر في السكنى أو الخدمة كالعبد اذا مرض أو الدابة اذا دبرت أو الدار اذا سقط منها حائط ينتفع به في السكنى ولو استأجر دارين فسقط من أحدهما حائط أو منع مانع من أحدهما أو وجد في أحدهما عيب ينقص السكنى فله أن يتركهما جميعا اذا كان عقد عليهما عقدا واحدا اهـ قال الشارح لان العقد يقتضي سلامة البدل فاذا لم يسلم فات رضاه فله أن يفسخ كما في البيع والمعقود عليه هنا المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب خيار الفسخ فاذا فعل المؤجر ما زال به العيب فلا خيار للمستأجر لان الموجب للرد قد زال قبل الفسخ والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتي بعد فسقط اختيار الفسخ واذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب يلزمه جميع البدل وفي الظهيرية وذلك اما أن يكون من قبل أحد العاقدين أو من قبل المعقود عليه وفي التحرير به اما أن يمنع الانتفاع أو ينقص الانتفاع بالمنفعة ولما نوع العيب الى هذه الانواع شرع يبين الانواع فقال رحمه الله ﴿وخراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحى﴾ يعني تفسخ الاجارة بهذه الاشياء ولو بنى المؤجر الدار وأراد المستأجر أن يسكنه في بقية المدة فليس له أن يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستأجر أن يمتنع منه وفي النوادر بنى المؤجر الدار كلها قبل الفسخ فللمستأجر أن يفسخ العقد ان شاء وهو مخالف لما تقدم ولو انقطع ماء الرحى والبيت ودقق ما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقي شئ من المعقود عليه فاذا استوفاه لزمه حصته وقوله وخراب الدار الى آخره يفيد ان الاجارة تفسخ بهذه الاشياء وفي الذخيرة الاجارة في الرحى لا تفسخ بانقطاع الماء وفي الخانية فان بنى الدار بعد الفسخ فليس للمستأجر أن يسكنها وفي التتارخانية والسفينة المستأجرة اذا انتقضت وصارت ألواحا ثم أعيدت سفينة أخرى لم يجبر تسليمها للمستأجر اهـ ومثل انقطاع ماء

الرحى انكسارًا لجريه في التيار ثانية، ولو استأجر لمزرع أرضه بذره ثم بدا له أن لا يزرع كان عذرًا، ولو استأجر أرضًا ليزرعها فعرفت أو نزت أو سبخت كان ذلك عذرًا في فسخها، وفي الأصل استأجر أرضًا ليزرعها شيئًا فلم يزرعها ذلك وأصاب الزرع آفة وذهب وقت الزراعة لتلك الزرع فأراد أن يزرع ما هو أقل منه ضررًا أو مثله فله ذلك والا فسخت ولزمه ما مضى من الأجرة قبله بانقطاع الرحى لنحو عن النقصان في الرحى فإن كان النقصان فاحشًا فله حق الفسخ وإن كان غير فاحش فليس له حق الفسخ. قال القدوري إذا صار الطحن أقل من نصف الحنطة أولا فهو فاحش. قال رحمه الله ﴿وتفسخ بموت أحد المتعاقدين إن عقدها لنفسه﴾ قال الشارح وفيه إشارة إلى أنه لا يحتاج إلى حكم الحاكم اهـ والظاهر أن فيه إشارة إليه. قال في المحيط والمزيد وقال بعضهم لا بد من رفع الأمر إلى القاضي ويقضي بالفسخ ولا يحتاج في ذلك إلى دعوى وللعلماء في ذلك طريقان أحدهما أن يرفع الأمر إلى القاضي بالفسخ الثانية أن يبيع العين المؤجرة ويحكم القاضي فيها بالصحة وانفساخ الأولى وهي طريقة ما وراء النهر. وقال الشافعي لا تبطل بموت أحدهما ولنا أن العقد ينعقد ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة فإذا مات المؤجر انتقل الملك إلى الوارث ومنفعته إليه والمنافع المستحقة بالعقد هي المملوكة للمؤجر وقد فاتت بموته فتنفسخ. قال في العتابية ونقض عما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فمات صاحب الدابة وسط الطريق كان للمستأجر أن يركبها إلى المكان المسمى وقد مات أحدهما أو عقدها لنفسه وأجيب بأن ذلك للضرورة لأنه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى في وسط المفازة ولا يكون ثمة قاض يرفع الأمر إليه حتى قال بعض مشايخنا إن وجد ثم دابة أخرى يحمل عليها متاعه ينتقض أو وجد قاضيًا ينتقض اهـ وفي المحيط إذا مات رب الدابة نظر القاضي ما هو الأصلح للورثة إن رأى بيع الجمل وحفظ الثمن أنفع للورثة فعل وإن رأى إبقاء الإجارة فإن كان ثقة فالأفضل الإبقاء وإن كان غير ثقة فالأفضل فسخها فإن فسخها وأقام البينة أنه أوفاه الكراء رد عليه بحساب ما بقي ولو أنفق المستأجر على الدابة شيئًا لم يحسب له إلا إذا كان بإذن القاضي اهـ وفيه أيضًا وإذا مات أحدهما وفي الأرض زرع يترك إلى الحصاد ويكون على المستأجر أو على ورثته ما بقي من الأجر لأنها كما تفسخ بالأعذار تبقى بالأعذار اهـ وأطلق في الموت فشمل الموت الحكمي كالارتداد وكذا في المحيط وفي الذخيرة وإذا سكن بعد الانفساخ بغير عقد فالأصح إن كانت معدة للاستغلال يلزمه أجرة المثل وإلا فلا لأنه غاصب. قال رحمه الله ﴿وإن عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف﴾ يعني لا تفسخ بموت أحدهما إذا كان عقدها لغيره كما ذكرنا لبقاء المستحق عليه والمستحق لو مات المعقود له بطل لما ذكرنا وإذا مات أحد المستأجرين أو المؤجرين بطلت الإجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي وقال زفر تبطل في نصيب الحي أيضًا لأن الشيوع مانع من صحة الإجارة قلنا ذلك في الابتداء لا في البقاء لأنه يتسامح في البقاء ما لا يتسامح في الابتداء وأطلق في الوكيل فشمل الوكيل بالإيجاب والوكيل بالاستئجار. قال في الذخيرة وأما الوكيل بالاستئجار إذا مات تبطل الإجارة لأن التوكيل بالاستئجار توكيل بشراء المنافع فيصير مشتريًا لنفسه ثم يصير مؤجرًا من الموكل اهـ أقول لعل هذا إذا لم يسلم إلى الموكل أما لو سلم لا تبطل فتدبره. وفي الظهيرية أمر رجلًا أن يستأجر دارًا بعينها سنة للموكل فاستأجرها المأمور وسلمها وأبى أن يدفعها للآمر حتى مضت السنة قال أبو يوسف لا أجر عليه ولا على الآمر وقال محمد يجب الأجر على الآمر ولم يتعرض لما إذا قبض الناظر الأجرة معجلة أو بعضها ثم مات فنقول إذا كان الوقف أهليًا والغلة للناظر وآخر وقبض الأجرة معجلة ثم مات قبل انتهاء المدة ففي الفتاوى وغيرها الذي انتقل له الحق أن يأخذ من المستأجر أجرة ما آل إليه بالموت فإن كان الميت ترك مالًا رجع بذلك على ماله وإن لم يترك مالًا لا يرجع المستأجر بشيء وضاع عليه وإن كان الناظر في وقف غير أهلي فمات بعد القبض قبل انتهاء المدة لا يضيع ذلك عليه ويرجع على جهة الوقف وفي مال الميت المتروك. قال رحمه الله ﴿وتفسخ بخيار الشرط﴾ يعني إذا شرط المؤجر أو المستأجر خيار الشرط أو شرط كل منهما خيار الشرط ثلاثة أيام فله أن يفسخ الإجارة به عندنا وقال الإمام الشافعي لا يصح شرط الخيار في الإجارة لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله إن كان الخيار له وإن كان المشروط له الخيار المؤجر لا يمكنه التسليم أيضًا على الكمال لأن المنافع تحدث ساعة فساعة ولنا أنه عقد معاوضة ولا يجب قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ بالإقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع ولأن الخيار شرط في البيع للتروي وكذا في الإجارة لأنها تقع بغتة من غير سابقة تأمل فيمكن أن يقع غير موافق فيحتاج إلى الإقالة فيجوز اشتراط الخيار فيها بخلاف النكاح لأنه ليس بمعاوضة فلا يصح شرط الخيار فيه وبخلاف الصرف والسلم فلا يصح شرط الخيار فيهما لأنه يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما موجب للقبض

في المجلس وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب فكذا خيار الشرط للضرورة بخلاف البيع لأنه يمكن فسخ البيع في جميع المبيع ولا ضرورة ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض بعد مضي بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة وفي المبيع لا يجبر عليه بعد هلاك بعضه لعدم الضرورة وقد تقدم في البيع أنه يشترط حضور الآخر في الفسخ وقد تقدم الصحيح هناك قال رحمه الله ﴿وخيار الرؤية﴾ أي ويفسخ بخيار الرؤية وقال الإمام الشافعي لا يجوز استئجار ما لم يره للجهالة قلت الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت مفضية للنزاع وهذه لا تفضي إليه لأنه إن لم يوافق يرده فلا يمنع الجواز فإذا رآه ثبت له خيار الفسخ لأن العقد لا يتم إلا بالرضا ولا رضا بدون العلم وقال عليه الصلاة والسلام من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه ولأن الإجارة شراء المنافع فيتناولها الحديث قال رحمه الله ﴿وتفسخ بالعذر وهو عجز أحد العاقدين عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع﴾ يعني تفسخ الإجارة بالعذر الذي هو العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد أي بنفس العقد كمن استأجر الخ وقال الإمام الشافعي لا تفسخ بالأعذار إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان كما تقدم وقد فسر العذر في البحر بحيث قال والعذر أن يحدث في العين ما يمنع الانتفاع به أو ينقص المنفعة وفسره في الهداية كما فسره المؤلف وفي المحيط وكل عذر يمنع المضي في موجبه شرعا كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع تنقض الإجارة من غير نقض لأنه لا فائدة في بقائه فتنتقض ضرورة وكل عذر لا يمنع المضي في موجب العقد شرعا لكن لا يمكنه المضي إلا بضرر زائد يلزمه فإنه لا ينتقض إلا بالنقض وهل يكون قضاء القاضي والرضى شرطا في النقض ذكر في الزيادات وجعل قضاء القاضي شرطا قال شمس الأئمة السرخسي هو الأصح وذكر في المبسوط والجامع الصغير أنه ليس بشرط وينفرد العاقد بالنقض وهو الصحيح وقد تقدم الكلام عليه وفي الخلاصة وإن انهدم منزل المؤجر وليس له منزل آخر وأراد أن يسكن البيت المؤجر ويفسخ الإجارة ليس له ذلك ولو استأجر دكانا ليبيع فيه ويشتري فأراد أن يترك هذا العمل ويعمل غيره فهذا عذر اهـ وفي المحيط ذكر في فتاوى الأصل إن تهيأ له العمل الثاني على ذلك الدكان ليس له النقض وفيها لو استأجر ليبيع الطعام ثم بدا له أن يأخذ في عمل آخر فهذا ليس بعذر في الأصل وقال في الأصل إذا استأجر حانوتا ليبيع فيه الطعام ثم بدا له أن يقعد في سوق الصيارف فهو عذر وفي البحر بدا لو أجر نفسه في عمل أو صناعة ثم بدا له أن يترك ذلك العمل فإن كان ذلك العمل ليس من عمله وهو مما يعاب به كان له أن يفسخ اهـ ومن الأعذار الموجبة للفسخ شرعا لو استأجره ليقطع يده لأكلة فيها فبرئ منها وفي التتارخانية ولو استأجره للحجامة أو الفصد ثم بدا له أن لا يفعل كان عذرا ولو امتنع الأجير عن العمل في هذه الحالة يجبر عليه قال رحمه الله ﴿أو ليطبخ له طعاما للوليمة فاختلعت منه﴾ يعني يجوز له أن يفسخ العقد في هذه المسألة لأنه لا يمكنه المضي إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ويلحق به ما لو استأجر ليطبخ له طعاما لقدوم الأمير أو الحاج فلم يقدم الأمير والحاج وفي التتارخانية استأجر رجلا ليخيط له أو ليقطع قميصا أو يبني بيتا ثم بدا له أن لا يفعل كان عذرا قال رحمه الله ﴿أو حانوتا ليتجر فيه فأفلس أو أجره ولزمه دين بعيان أو بيان أو بإقرار ولا مال له غيره﴾ يعني لو استأجر حانوتا ليتجر فيه فأفلس كان عذرا في الفسخ ولم يذكر الشارح الذي يتحقق به الإفلاس وسنذكر ذلك وقوله حانوتا مثال قال في الجامع الصغير استأجر الخياط غلاما ليخيط معه فأفلس الخياط أو مرض وقام من السوق فهو عذر يفسخ به وتأويل المسألة إذا كان يخيط لنفسه أما إذا كان يخيط بأجر فرأس مال الخياط الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه وقال محمد في الخياط الذي يخيط لغيره بأجرة لا يتحقق إفلاسه إلا بأن تظهر خيانته للناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه اهـ فظاهره أن الإفلاس في التاجر بأن يظهر ذلك فيه فيمتنع الناس من معاملته قوله أو أجره ولزمه دين بعيان الخ يعني له أن يفسخ في هذه الحالة وإنما جمع بين هذه الأمور ليبين أنه لا فرق في ثبوت الدين بين العيان والبيان والإقرار فإنه يلزم الدين في الكل فيحبس عليه ويلازم عليه كما تقرر في كتاب الدعوى قال الشارح ويحصل الفسخ بالرفع إلى القاضي والقضاء به وقيل يبيع أولا فيحصل الفسخ في ضمن البيع قال رحمه الله ﴿أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه أي لا للمكاري﴾ يعني لو استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له أن لا يسافر فهو عذر يفسخ به ولو بدا للمكاري لا يعذر لأن المستأجر يلزمه ضرورة ومشقة وربما يفوته ما قصد كالحج وطلب الغريم والمكاري لا يلزمه ذلك الضرر ولأنه يمكنه أن يقعد ويرسل غيره وكذا المرض لما ذكرنا وروى الكرخي أنه عذر في حق المكاري لأنه لا يعرى عن ضرر ولأن غيره لا يشفق على دوابه مثله وقوله دابة وبدا له منه مثال قال في الأصل استأجر عبدا ليخدمه في المصر دارا

ويمكنهما منه أنه السفر فهو عذر له أن يفسخ به ولو بدا لرب العبد أو الدار فليس بعذر ولا يفسخ فإن قال المؤجر للقاضي إنه لا يريد
السفر وقال المستأجر أنا أريد السفر فالقاضي يقول للمستأجر مع من تسافر فإن قال مع فلان وفلان فالقاضي يسألهما هل يخرج
معكم المستأجر وهل استعد للسفر فإن قالا نعم ثبت العذر وإن قالا لا فإن القاضي يحلف المستأجر بالله إنك عزمت على السفر وإليه
مال الكرخي والقدوري ولو خرج من المصر ثم عاد يحلف بالله قد خرجت قاصدا السفر الذي ذكرت كذا في الخلاصة وغيرها
وفي الخلاصة فإن لم يترك السفر ولكن وجد أرخص منها فهذا ليس بعذر ولو اشترى منزلا وأراد التحول فيها فهذا ليس بعذر
ولو اشترى إبلا فهو عذر قال رحمه الله ﴿ولو أحرق حصائد أرض مستأجرة أو مستعارة فاحترق شيء في أرض غيره لم يضمنه﴾
حصد الزرع جزه والحصائد جمع حصيدة وحصيد وهما الزرع المحصود والمراد هنا ما يبقى من أصل الزرع في الأرض ولا يخفى أن
هذه المسألة حقها أن تذكر في الجنايات وهكذا ذكر في الهداية مسائل منثورة وإنما لم يضمن لأن هذه الأشياء تسبب وشرط
الضمان التعدي ولم يوجد فصار كما لو حفر بئرا في ملك نفسه فتلف به إنسان بخلاف ما إذا رمى سهما في ملكه فأصاب إنسانا
حيث يضمن لأنه مباشر فلا يشترط فيه التعدي لأن المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر والسبب ليس بعلة فلا بد من التعدي
ليلتحق بالعلة وإحراق الحصائد في مثله مباح ولا يضاف التلف إليه قال شمس الأئمة السرخسي هذا إذا كانت الرياح غير
مضطربة فلو كانت مضطربة يضمن لأنه يعلم أنها لا تستقر فلا يعذر فيضمن وفي الخانية لو كانت الريح غير ساكنة يضمن
استحسانا وذكر في النهاية معزيا إلى التمرتاشي لو وضع جمرة في الطريق فأحرقت شيئا ضمن لأنه متعد بالوضع ولو رفعته الريح
إلى شيء فأحرقته لا يضمن لأن الريح نسخت فعله ولو أخرج الحداد الحديد من النار في حانوته فوضعه على ما يطرق عليه وضربه
بالمطرقة وخرج شرار النار إلى طريق العامة وأحرق شيئا ضمن ولو لم يضربه ولكن أخرج الريح شيئا فأحرق شيئا لم يضمن
ولو سقى أرضه سقيا لا تحتمله الأرض فتعدى إلى أرض غيره ضمن لأنه لم يكن منتفعا بما فعله بل متعديا قال خواهر زاده
وشمس الأئمة السرخسي إذا أوقد نارا عظيما في أرضه بحيث لا تحتمله وتعدى إلى زرع غيره وأفسده يضمن لأنه محله اهـ وفي
اليتيمة فرق أصحابنا بين الماء والنار فقالوا إذا أوقد نارا عظيمة في أرض نفسه فتعدى فأحرق شيئا لا يضمن لأن النار من شأنها
الخمود بخلاف ما إذا ملأ أرضه ماء بحيث لا تحتمله فإنه يضمن لأن الماء من شأنه السيلان وفي فتاوى أهل سمرقند أوقد في التنور
نارا لا يحتمله فأحرق بيته وتعدى إلى بيت جاره فأحرقه ضمن وفي فتاوى الفضلي رجل يمر في ملكه أو في ملك غيره بنار فوقعت
شرارة من ناره على ثوب إنسان فأحرقته ضمن وفي النوادر عن أبي يوسف أن من مر بالنار في موضع له المرور فهبت الريح فأوقعت
شرارة في مال إنسان لا يضمن وإن مر بها في موضع ليس له حق المرور ينظر إن هبت بها الريح لا يضمن وإن وقعت منه شرارة
ضمن وفي التتمة سألت والدي عن القصار يدق الثياب في حانوته وانهدم حائط جاره هل يضمن فقال يضمن لأنه مباشر قال
رحمه الله ﴿ولو أقعد خياط أو صباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح﴾ وهذا استحسان والقياس أن لا يصح
وحق هذه المسألة أن تذكر في كتاب الشركة ووجه الاستحسان أن هذه شركة الصنائع وليست بإجارة لأن تفسير شركة
الصنائع أن يكون العمل عليهما وإن كان أحدهما متولي العمل بحذاقته والآخر متولي القبول لوجاهته وإذا وجد ماله سبيل
إلى الجواز وهو متعارف وجب القول بصحته فيكون العمل واجبا عليهما والأجر بينهما على ما عرف في موضعه قال الشارح
وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فيه نوع إشكال فإن شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس
في هذه الشركة بيع وشراء وإنما هي شركة صنائع قال في العناية شركة التقبل هي أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال وهنا
ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الأجر وليست شركة صنائع وأجيب بأن الشركة في الخارج تقتضي الشركة في التقبيل
فثبت فيه اقتضاء إذ ليس في كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل وتخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما
عداه فأثبتنا الشركة في التقبل اقتضاء اهـ وفي التتارخانية دفع إلى آخر بقرة بالعلف ليكون الخارج بينهما نصفين فالحادث كله
لصاحب البقرة وعليه أجرة مثل المدفوع إليه وثمن العلف ومثله لو دفع الدجاجة إلى آخر بالنصف ولو دفع بذر العليق إلى
امرأة بالنصف فقامت عليه حتى أدركت فالعليق لصاحب البذر وعلى صاحب البذر قيمة العلف وأجرة مثلها وفي فتاوى أبي الليث
دفع إلى امرأة دود القز لتقوم عليها بنفقتها على أن العليق بينهما نصفان فهو بمنزلة المضاربة وكل العليق لصاحب الدود وعليه أجر

المثل

المدل وثمن الاوراق ولو غصب من آخر دود القز وبيض الدجاج فأمسكه حتى خرج العلق والفرخ قال شمس الائمة الحلواني ان خرج بنفسه فهو لصاحبه رجل له غريم في مصر آخر فقال للرجل اذهب اليه وطالبه بالدين واذا قبضت فلك عشرة ففعل فله أجر مثله اه ولقائل أن يقول هذه مكررة مع قوله فيما سبق وتقبل ان اشترك خياطان أو خياط وصباغ قلنا ذكر هناك شركة الصانع قصدا وهنا بين ما اذا وقع العقد على شركة الصانع ضمنا فبهذا الاعتبار لا تكرار قال رحمه الله ﴿ولو استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة صح وله المحمل المعتاد﴾ والقياس أن لا يجوز للجهالة وهو قول الامام الشافعي ووجه الاستحسان ان هذه الجهالة تزول بالصرف الى المتعارف وله المتعارف من الحمل والزاد والغطاء وغير ذلك مما هو معلوم عند أهل العرف لا يقال هذه متكررة مع قوله وان استأجر حمارا ولم يسم ما يحمل قلنا ذاك لم يبين ما يحمل فكانت الجهالة فاحشة وهنا بين ما يحمل فكانت يسيرة لانه بين الحمل ولم يبين قدره قال رحمه الله ﴿وان رآه فأحب﴾ يعني رؤية المكاري المحمل والراكب وما بينهما أحب لانه أنفى للجهالة وأقرب للعلم لتحقق الرضا قال رحمه الله ﴿ولمقدار زاد فأكل منه رد عوضه﴾ يعني اذا استأجر رجلا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه في الطريق له رد عوضه وقال بعض الشافعية لا يرد لان عرف المسافرين انهم يأكلون الزاد ولا يردون والمطلق يحمل على المتعارف بخلاف الماء حيث يكون له الرد لان العرف جرى برده ولنا انه استحق عليه حمل مقدار معلوم في جميع الطريق فله أن يستوفيه فصار كالماء والعرف مشترك فان بعض المسافرين يردون ولا يلزمنا عرف البعض أو يحمل فعل من لا يرد على انهم استغنوا او لا يلزم منه ويرد بعضهم وهم المحتاجون اليه قال رحمه الله ﴿وتصح الاجارة وفسخها﴾ لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة وهذا معنى الاضافة وفسخها معتبر بها كما اذا أضاف الاجارة الى رمضان وهو في شعبان وكذا اذا أضاف الفسخ الى شوال وهو في رمضان وفي التتمة اذا قال أجرتك هذه الدار غدا يجوز ولو قال اذا جاء غد فقد أجرتك هذه الدار باطل لانه تعليق وقال أبو بكر يجوز في المطلق ولا خطر في هذا في الاجارة وبه نفتي وعن ابن سماعة عن أبي يوسف أجرتك داري بكذا اذا هل كذا يجوز في الاجارة ولا يجوز في البيع قال رحمه الله ﴿والمزارعة والمعاملة﴾ يعني وتصح المزارعة أيضا بالاضافة الى المستقبل كما اذا قال وهو في شعبان زارعتك أرضي من أول رمضان بكذا وتصح أيضا المعاملة وهي المساقاة بأن قال ساقيتك سنة من أول رمضان وهو في شعبان بكذا لان المزارعة والمعاملة اجارة فتعتبر بالاجارة قال رحمه الله ﴿والمضاربة والوكالة﴾ لانهما من باب الاطلاق وكل ذلك يجوز اضافته قال رحمه الله ﴿والكفالة﴾ لانها التزام المال ابتداء فتجوز اضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر لكن فيها تمليك المطالبة فلا يجوز تعليقها بالشرط المطلق بل بالشرط المتعارف قال رحمه الله ﴿والايصاء والوصية﴾ والايصاء اقامة الشخص مقام نفسه والوصية هي التمليك وكلاهما مضاف الى ما بعد الموت لانه لا يكون الا مضافا فان الايصاء في الحال لا يتصور الا اذا جعل مجازا عن الوكالة قال رحمه الله ﴿والقضاء والامارة﴾ يجوز تعليقهما بالشرط واضافتهما الى الزمان لانهما تولية وتفويض محض فجاز تعليقهما بالشرط والاصل في ذلك انه عليه الصلاة والسلام أمر زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة قال رحمه الله ﴿والطلاق والعتق والوقف مضافا﴾ لا خفاء ان قوله مضافا نصب على الحال وهو قيد للمذكورات كلها وتقدير الكلام وتصح كل واحد منها حال كونه مضافا الى الزمان المستقبل قال رحمه الله ﴿لا البيع واجارته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين﴾ يعني هذه الاشياء لا يجوز اضافتها الى الزمان المستقبل لانها تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال فلا حاجة الى الاضافة وقد تقدم والله تعالى أعلم

﴿كتاب المكاتب﴾

قال في النهاية أورد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد منه المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق وهذا استدراك لانه يرد عليه ان يقال انه وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره من غير تلك الاشياء الثلاثة أيضا فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وقدم الاجارة لان المنافع ثبت لها حكم المال للضرورة بخلاف الكتابة والكلام في المكاتب من أوجه الاول في معناها لغة الثاني في معناها شرعا والثالث في ركنها والرابع في شرط جوازها والخامس في دليلها السادس في حكمها والسابع في صفتها والثامن

في حقيقتها والتاسع في سببها والعاشر في حكمها فهي لغة مشتقة من الكتب وهو الضم والجمع وسمي الخط كتابة لما فيه من ضم الحروف بعضها الى بعض وهو اسم مفعول من كاتب أو كتب كتابة ومكاتبة والمولى مكاتب بكسر التاء وشرعا ما في جمع مخصوص وهو جمع حرية الرقبة في المآل الى حرية اليد في الحال وركنها الايجاب والقبول وارتباط أحدهما بالآخر وشرط جوازها قيام الرق وكون المسمى معلوما ودليلها من القرآن قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا واختلف في الخير فقيل هو أن لا يضر بالمسلمين وقيل الوفاء والامانة وقيل المال ومن الحديث قوله صلى الله عليه وسلم من كاتب عبدا على مائة أوقية فاداها الا عشر أوقية فهو عبد وصفتها انه عقد مندوب اليه مع الصالح والطالح وحكمها انفكاك الحجر وثبوت حرية اليد وحكمها في جانب المولى ثبوت حق المطالبة بالبدل على ما وقع عليه وسببها رغبة المولى في بدل الكتابة عاجلا وفي ثواب العتق آجلا ورغبة العبد في الحرية وأحكامها آجلا وعاجلا قال رحمه الله ﴿هي تحرير المملوك يدا في الحال ورقبة في المآل﴾ فقوله تحرير جنس دخل فيه تحرير الرقبة وتحرير اليد فقوله يدا أخرج تحرير الرقبة وأفاد أنه يدا مع نعمة ولو كان صغيرا لا يعقل لم يجز كما سيأتي وقوله في الحال تعلق بيد وأخرج بقوله ورقبة في المآل العتق المنجز والمعلق وهذا تعريف بالحكم ولو أراد التعريف بالحقيقة لقال هي عقد يرد على تحرير اليد وأما ألفاظها ففي الجامع الصغير قال لعبده قد جعلت عليك ألف درهم تؤديه الى نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فان أديت فانت حر وان عجزت كنت رقيقا فعل فهو مكاتب وفي الينابيع قال لعبده أد الى ألف درهم كل مائة درهم الى سنة وأنت حر فعل فهو مكاتب وان عجز عن سنة وأدى في الشهر الاخير جاز في رواية أبي سليمان وفي رواية أبي حفص ليس بمكاتب قال فخر الاسلام وهو الاصح فان عجز بطلت اهـ قال رحمه الله ﴿كاتب مملوكه ولو صغيرا يعقل بمال حال أو مؤجل أو منجم وقبل صح﴾ أما جوازها فلما تلونا ولانه تصرف نافع والصغير الذي يعقل من أهل التصرف النافع وأما جوازها بمال حال أو مؤجل أو منجم فلاطلاق الدليل الصادق بالثلاث حالات ولان البدل في الكتابة معقود به كالثمن في البيع والقدرة على تسليم الثمن ليس بشرط لصحة العقد ألا ترى أن من ليس عنده شيء جاز أن يشتري ما شاء بما شاء ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر انه يسامحه ولا يضيق عليه قال في المبسوط كاتب عبدا صغيرا لا يعقل لم يجز فان أدى عنه أجنبي لم يعتق لان الكتابة ايجاب وقبول وقبول من لا يعقل لا يصح ولو كاتب عن عبد لرجل رضيع وقبل عنه أجنبي آخر ورضي به المولى لم يجز وان أدى الولد الكتابة عتق استحسانا لا قياسا وجه الاستحسان ان الكتابة انعقدت بقبول من عقد الايجاب الا انه لم يظهر وجوب المال على العبد بهذه الكتابة في حق المطالبة نفيا للضرورة ولكن اعتبر المال واجبا عليه في حق صحة الاداء من المتبرع لانه لا ضرر عليه بل له منفعة محضة لانه يعتق بغير مال يلزمه وذلك أن نقول أتم قلم لو وكل مجنونا صح لانه لما وكل في هذه الحالة صار راضيا بقوله فينبغي أن يعتق فيما اذا قبل الصغير الذي لا يعقل وأدى عنه الاجنبي وأطلق في قوله بمال ولم يقيده بالمعلوم قدرا وصفة ونوعا لان الاصل ان مبادلة ما ليس بمال بالمال كالنكاح والكتابة جهالة الجنس والقدر لا تمنع صحته وجهالة وصفه لا تمنع صحة تسميته بيان ذلك لو كاتب عبده على مكيل أو موزون جاز وله الوسط وعلى دابة وثوب لا يجوز حتى يبين الجنس لان جهالة الجنس متفاحشة فتمنع صحة التسمية وفي الاول جهالة وصف وهي لا تمنع صحة التسمية ولو كاتبه على لؤلؤة أو دار ولم يعين لم يجز لان جهالة الوصف هنا متفاحشة بمنزلة جهالة الجنس ولو كاتبه على أن يخدمه شهرا جاز استحسانا ولو كاتبه على أن يخدم غيره يجوز لان البدل يجوز للمولى وقد أقام غيره مقام نفسه ولو كاتبه على ألف على أن تؤديها الى غريم من غرمائه جاز ولو كاتبه على ألف وخدمته سنة أو وصف جاز ولو كاتبه على ألف وخدمته أبدا فهي فاسدة ويعتق باداء قيمته دون خدمته وقوله عبده ليس بقيد قال في المحيط ولو كاتب نصف عبده جاز ونصفه مكاتب ونصفه مأذون في التجارة وعتق باداء نصفه وما وصل في يده من الكسب نصفه له ونصفه للمولى ويسعى في نصف قيمته لان الكتابة تقبل التجزي لان أحكامها قابلة للتجزي اهـ وفي المبسوط كاتب عبده على ألف درهم منجمة على ان تؤدي مع كل نجم ثوبا قد سمي جنسه أو على أن يؤدي مع كل نجم عشرة دراهم فذلك جائز بمنزلة ما لو كاتبه على كذا وكذا وقال على أن تؤدي مع كتابتك ألف درهم واذا ظهر ان جميع ذلك بدل الكتابة فاذا عجز عن شيء من بعضه أخذ ورد الى الرق اهـ ولو كاتبه على ما في يده من الكسب ففي رواية كتاب الشراء يجوز وفي رواية المكاتب لا يجوز ولو كاتب على ألف درهم معينة جاز ويعتق باداء غيرها

بخلاف ما لو قال له إن أديت إلي هذه الألف فأدى غيرها لا يعتق وإذا شرط في الكتابة شرطا لا يقتضيه العقد لا يفسدها اهـ وفي المبسوط وإذا أدى إليه المال واستحق من يده فهو على الحرية ويرجع عليه السيد بمثله اهـ ولو كاتب على ألف درهم عن نفسه وماله فهو جائز فإن كان في يده مال السيد لم يدخل ويدخل كسبه من رقيق ومال وغير ذلك اهـ وفي الظهيرية لو كاتب عبده المأذون المديون ودينه محيط برقبته فللغرماء أن يردوا الكتابة كما لو باعه المولى ولو مات المكاتب عن وفاء وعليه دين وله وصايا من تدبير وغيره بدئ من تركته بدين الأجانب ثم بدين المولى إن كان ثم دين الكتابة وما بقي فهو ميراث وتبطل وصاياه قال رحمه الله ﴿وكذا لو قال جعلت عليك ألفا تؤديه نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديت فأنت حر وإلا فقن﴾ يعني يصير مكاتبا بهذه المقالة استحسانا والقياس أن لا يصير مكاتبا لأن النجوم لفصول الأداء وله أن يكاتب عبده على ما شاء من المال في أي مدة شاء وقوله بعد ذلك إن أديت فأنت حر تعليق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان أن العبرة للمعاني دون الألفاظ كما مر وقد أتى بمعنى الكتابة هنا مفسرا فينعقد به كما إذا أطلق الكتابة بل أولى لأن المفسر أقوى وقوله فإن أديت فأنت حر لا يدفعه لأن ما قبله يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه يترجح جانب الكتابة وقوله وإلا فأنت قن فضلة غير محتاج إليها كما لا يحتاج إليه في الكتابة وفي المحيط ولو كاتب على ألف وعلى عبد مثله في الخياطة وهو خياط جاز استحسانا ويجبر المولى على قبول الألف وعبد مثله في أصل الخياطة لا مثله في الخياطة اهـ ولو قال إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة فهو مكاتبة في رواية أبي سليمان وفي رواية أبي حفص ليست بمكاتبة بل يكون إذنا باعتبار التعليق بالأداء بدفعة واحدة وهو الأصح وفي المبسوط ولو كاتب عبده على ألف ضمنها لرجل عن سيده فالكتابة والضمان جائزان ولو ضمن عن سيده لغريم عليه مال على أن يؤدي من الكتابة أو قبل الحوالة فهو جائز ولو كاتب على ألف إلى نجم ثم صالحه على أن يحط بعضها أو ينقص بعضها أو صالحه على شيء فهو جائز وفيه أيضا ولو حجر عليه التصرف في نوع دون نوع فالشرط باطل لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة وفيه أيضا ولو كاتبه على ألف مؤجلة فصالحه على بعضه وعجل البعض جاز ولو استأجر المولى مكاتبه سنة بما عليه للخدمة صحت الإجارة وعتق المكاتب للحال ولو استحق بدل الكتابة من المولى رجع بمثله عليه اهـ قال رحمه الله ﴿فيخرج من يده﴾ يعني إذا صحت الكتابة يخرج المكاتب من يده لأن موجب الكتابة مالكية اليد في حق المكاتب ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج والسفر ولو شرط في الكتابة أن لا يخرج لا يصح لأن المقصود من الكتابة التمكن من أداء البدل وقد لا يتمكن من ذلك إلا بالخروج فيطلق له الخروج قال في العناية أما الخروج من اليد فتحقيق معنى الكتابة لغة وهي الضم فيضم مالكية اليد الحاصلة له في الحال إلى مالكية الرقبة الحاصلة له في المآل فإن قيل ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق بالضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه ولهذا إذا جنى المولى عليه وجب عليه الأرش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر اهـ قال رحمه الله ﴿دون ملكه﴾ يعني لا يخرج عن ملك المولى لقوله عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ولأنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة فإذا تم للمولى الملك بالقبض تم المالكية للعبد أيضا وتمام الملك لا يكون إلا بالقبض ولو أعتقه المولى عتق بإعتاقه لبقاء ملكه وسقط عنه البدل لأنه التزمه مقابلة العتق وقد حصل له بدونه وفي المحيط ولو أبرأه المولى عن البدل عتق وفي المنتقى وقال الثاني لو وهب المولى الكتابة للمكاتب عتق قبل أو لم يقبل لأن هبة الدين ممن عليه الدين صحيحة قبل أو لم يقبل فإن قال المكاتب لا أقبل كانت المكاتبة دينا عليه وهو حر لأن هبة الدين ترتد بالرد والعتق لا يرتد بالرد قال رحمه الله ﴿وغرم إن وطئ مكاتبته أو جنى عليها أو على ولدها أو أتلف مالها﴾ لأنها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى وصار المولى كالأجنبي وصارت أحق بنفسها وكسبها لتتوصل به إلى المقصود بالكتابة وهي حصول الحرية لها والبدل للمولى ولولا ذلك لأتلف المولى ما في يدها فلم يحصل لها الغرض من الكتابة ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء فيجب عليه عوضه وهو العقر عند إلزامه بالوطء وانتفى الحد للشبهة ولو قال فغرم إلى آخره بدل الواو لكان أولى لإفادة الفاء التفريع وفي المحيط ولو كاتبها على ألف على أن يطأها مدة الكتابة لم يجز لأنه شرط محظور عليه كما لو كاتبها على ألف ورطل من الخمر فإن أدت ألفا عتقت لأنه يتعلق بأداء ما يصلح بدلا والوطء لا يصلح عوضا لا في حق الانعقاد ولا في حق الاستحقاق وعليها فضل قيمتها في قول الآخر وهو قول محمد لأن المستحق في العقد الفاسد قيمة المعقود عليه لا المسمى شرعا إذا كان المؤدى أقل من قيمتها فإن كان أكثر من قيمتها فإنها لا ترجع بالزيادة على المولى خلافا لزفر فإن وطئت ثم أدت ألفا فعليه عقرها لأن العقد الفاسد ملحق بالصحيح فإن

قبل الكتابة الفاسدة غير لازمة في جانب المولى فله الفسخ فلم لا يجعل اقدامه على الوطء دليلا على الفسخ تنزيها له عن الوطء الحرام
قلنا اشتراط الوطء لنفسه في الكتابة نص على انه يطؤها مستوفيا لما شرطه عليها فيكون نصا على تقرير العقد لا على فسخه
فلا دليل على الفسخ ولا قوام للدلالة مع الصريح والنص حتى لو فسدت الكتابة بسبب آخر لا باشتراط الوطء فيها ثم وطئها يجعل
ذلك فسخا اه ولو جنى المكاتب على انسان خطأ فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لتعذر الدفع فان أعتقه المولى
من غير علم بالجناية فعليه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ولو عجز ورد في الرق فحكمه كالرقيق كما علم في مكانه وان جنى جناية
جنايات قبل أن يحكم عليه بالجناية الاولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة وان حكم عليه بالجناية الاولى ثم جنى ثانيا فانه يلزمه قيمة أخرى
لانه لما حكم عليه بالجناية الاولى فقد انتقلت الجناية من رقبته الى ذمته فصارت الثانية جناية مبتدأة والفرق بين هذا وبين ما اذا
حفر المكاتب بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها انسان فوجب عليه أن يسعى في قيمته يوم حفره فاذا وقع فيه آخر لا يلزمه أكثر من
قيمة واحدة سواء حكم الحاكم بالاولى أولم يحكم ووجه الفرق ان هنا الجناية واحدة وهي حفر البئر بخلاف ما تقدم ولو سقط حائطه
المائل على انسان بعد الاشهاد عليه بنقضه فقتل فعليه ان يسعى في قيمته واذا وجد في دار المكاتب قتيل فعليه ان يسعى في قيمته
اذا كانت قيمته أكثر من الدية فينقص منها عشرة دراهم فان جنى جناية عمدا ان قتل انسانا قتل به فان جنى عبد المكاتب عليه فان
كان خطأ فلا أرش له والأرش أرش العبد أما كون أرشه له فلان أجزاءه وأحق بمنافعه وأما كون أرشه أرش العبد فلانه عبد
ما بقي عليه درهم كذا في البدائع مختصرا قال رحمه الله ﴿وان كاتبه على خمر أو خنزير﴾ شروع في الكتابة الفاسدة بعد الصحيحة
لان الفاسدة تتلو الصحيحة يعني لو كاتب المسلم عبده المسلم أو الكافر في دار الاسلام على خمر أو خنزير فالكتابة فاسدة لان الخمر
والخنزير ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح عوضا فيه فسد العقد لان تسمية ما ليس بمتقوم في حق ما يحتاج فيه الى تسمية البدل توجب
فساد العقد كالبيع ولو أدى الخمر لا يعتق ولو أدى القيمة عتق اه والظاهر أن المسلم باشر فلو وكل ذميا في كتابة عبده المسلم على خمر أو
خنزير فالكتابة فاسدة لانه لو كان كافرا وأسلم بعده فاذا فسدت بالاسلام في البقاء ففي الابتداء أولى ولو كاتب عبده الكافر على خمر
أو خنزير فالظاهر أنها صحيحة ويعتق باداء ذلك ولا سعاية عليه أخذا من قولهم بملك ان يوكل فيما لا يملكه وقيد بالخمر لانا على خمر
أو خنزير لانه لو كاتبه على ميتة أو دم فالكتابة باطلة فان أدى لا يعتق الا اذا قال ان أديت الى فأنت حر فيعتق لاجل اليمين لا لاجل
الكتابة كذا في شرح الطحاوي أطلقه وفي المحيط لو كاتب على خمر أو خنزير عتق بأداء القيمة قبل ابطال القاضي لان الكتابة اذا
فسدت لفساد التسمية لكونه ليس بمال انعقدت الكتابة على القيمة فيتعلق العتق بادائها اه وفي المنتقى لو كاتب على ألف
ورطل من الخمر فهي فاسدة وفي المبسوط لو كاتبها على ألف على ان كل ولد تلده له فهي فاسدة وان ولدت في الفاسدة ثم أدت
عتق ولدها معها وفي شرح الطحاوي والفرق بين الجائزة والفاسدة ان في الفاسدة للمولى ان يرده الى الرق ويفسخ الكتابة بغير
رضاه وفي الجائزة لا يفسخ الا برضا العبد وللعبد ان يفسخ في الجائزة والفاسدة جميعا بغير رضا المولى وفي المبسوط ولو كاتبه كتابة
فاسدة ثم مات المولى فأدى المكاتب الى ورثته عتق استحسانا اه قيدنا بدار الاسلام لان المسلم الذي كان في دار الاسلام لو دخل
دار الحرب فكاتب عبده المسلم والكافر على خمر أو خنزير فالحكم كما لو كان في دار الاسلام وكان ممن يعلم بالاحكام ولو قدرنا أنه لو
أسلم في دار الحرب ولم تبلغه الاحكام فكاتب على خمر أو خنزير فالظاهر انها صحيحة ويعتق باداء ذلك ولا سعاية لانه يعذر بالجهل
في هذه الحالة قال رحمه الله ﴿أو على قيمته أو عين لغيره﴾ يعني الكتابة فاسدة اذا كاتبه على قيمة نفسه أو على عين لغيره أما
على قيمة نفسه فانها مجهولة القدر لانها تختلف باختلاف المقومين وجنسها كذلك مجهول فصار كما لو كاتب على ثوب أو دابة لان
الثوب والدابة أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة حتى في النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة القيمة
فالتنصيص عليها أولا ينافيه لو كاتبه على عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط أو قيمته ولو أتى بالقيمة يجبر عليها ولو كانت الكتابة
على القيمة فاسدة لما صح ذلك لانا نقول القيمة في مسئلة الكتاب تثبت قصدا وفيما ذكرت تثبت ضمنا ويتسامح في الضمني ما لم يتسامح
في القصدي وفي المحيط وان أدى القيمة عتق لانها وان فسدت بقي تعليق العتق بالاداء حتى تصادقا على ان المؤدى قيمته ثبت ذلك
بالتصادق وان اختلفا فان اتفق اثنان من المقومين على شئ يجعل ذلك قيمة له وان اختلفا فقوم أحدهما بألف والآخر بالاكثر
لا يعتق ما لم يؤد أقصى قيمته ولو كاتب أمة على حكمه أو حكمها لم يجز ولا يعتق بأداء قيمتها خلافا لزفر قوله أو على عين لغيره

كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين والمراد به شيء يتعين بالتعيين حتى لو كاتب على دراهم أو دنانير وهي اسيرة يجوز الكتابة لانها لا تتعين بالتعيين وعن الحسن يجوز الكتابة على مال الغير وجه ظاهر الرواية أن العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط للصحة في العقود التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليست في قدرته فلا يصح تسميته بخلاف ما اذا كان البدل غير معين لانه معقود عليه ولا يشترط القدرة عليه ولو أجاز صاحب العين ذلك روى عن محمد أنه لا يجوز وهو ظاهر الرواية كذا في العناية وعن الامام أنه يجوز اجاز أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم العين وعند عدم الاجازة يجب تسليم القيمة وروى الثاني عن الامام أنه لو ملك القيمة وأدى لم يعتق الا أن يكون قال له المولى ان أديت فأنت حر وذكر صاحب الاملاء انه يعتق بالدفع قال المولى ان أديت الى فأنت حر أو لم يقل كما لو كاتب على خمر وحماد ذكر عن الامام أن العين لم يصر بدلا في هذا العقد بتسميته لانه لا يقدر على تسليمه ولا ينعقد العقد أصلا قال رحمه الله ﴿أو بمائة ليرد عليه سيده وصيفا فسد﴾ قوله فسد هذا احتراز لقوله وان كاتب يعني لو كاتبه على مائة ليرد عليه سيده وصيفا فالكتابة فاسدة على قول الامام ومحمد وقال أبو يوسف الكتابة صحيحة وتقسم المائة على قيمة المكاتب والوصيف الوسط فما أصاب الوصيفة الوسط يسقط عنه ويكون مكاتبا وتقسم المائة بما بقي لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه من العقد والكتابة ولهما ان بدل الكتابة مجهول القدر فلا يصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف هذا لان الاصل المذكور صحيح فيما اذا صح الاستثناء من غير ان يؤدي الى فساد العقد وهنا استثناء العبد من الدراهم غير صحيح لان الوصيف لا يمكن استثناؤه من الدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد ولان هذا عقد يشتمل على الكتابة والبيع لان ما كان من الدنانير بازاء الوصيف الذي يرده المولى بيع وما كان بمقابلة رقبة المكاتب هو مكاتبة فيبطل لجهالة المثمن والثمن فهو صفقة في صفقة فلا يجوز للنهي عنها واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه كالعبد والفرس ولم يبين انه تركي أو هندي ولا الوصف انه جيد أو رديء جازت الكتابة وينصرف الى الوسط وقدر الامام الوسط بما قيمته أربعون وقالا هو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب ويجبر على قبول قيمته وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة فصار كما لو كاتب وجعل الاجل الحصاد ولقائل ان يقول مقتضى هذا التعليل ان لا تصح الكتابة فيما اذا كاتبه على مائة على ان يرد عليه عبدا معينا لان قيمة المعين مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتبه عليها لم يصح وقد صرحوا بانها اذا شرط على ان يرد عليه عبدا معينا ان يصح بالاتفاق نقله في الكافي والدرر والغرر وفي المبسوط ولو كاتبه على خمر أو خنزير فسد فان أداه قبل ان يترافعا الى القاضي وقد قال له ان أديت فأنت حر أو لم يقل فانه يعتق وتلزمه قيمة نفسه واذا جاء المكاتب بالمال قبل حلول الاجل فأبى المولى ان يقبله يجبر على القبول اهـ قال رحمه الله ﴿فان أدى الخمر عتق﴾ لان العقد ينعقد وان كان فاسدا فيعتق بالاداء يعني اذا كان قبل ابطال القاضي وفي العناية فان أدى الخمر والخنزير عتق وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر وأطلق في قوله عتق فشمل ما اذا قال ان أديت فأنت حر أو لم يقل وعن أبي حنيفة يعتق ان قال ان أديت وان لم يقل لا يعتق ونظيره ما اذا كاتبه على ميتة أو دم فانه لا يعتق الا في صورة التعليق فصار في ظاهر الرواية يعتق باداء الخمر وكذا الخنزير والفرق بين الخمر والخنزير والميتة والدم ان الخمر والخنزير مال في الجملة والميتة والدم ليسا بمال أصلا عند أحد فلم ينعقد العقد أصلا فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير وذلك بالتعليق قال ابن فرشته هذا اذا كان السيد مسلما لان الكافر اذا كاتب عبده الكافر ثم أسلم لا يعتق باداء الخمر اتفاقا اهـ وفي شرح الطحاوي فاذا أسلم أو أسلم أحدهما يعتق باداء القيمة ولا يعتق باداء الخمر والفرق بين المسلم والكافر حيث قال في المسلم العقد فاسد ويعتق باداء الخمر وفي الكافر صحيح فأقول المسلم لا يعتق باداء الخمر اذ المسلم لما كان الخمر في حقه ليس بمال فالظاهر من حاله ارادة التعليق على الاداء فيعتق بالاداء والكافر لما كان في حقه مالا فالظاهر انتفاء التعليق في حقه بل ارادة العوض وبالاسلام انتفى كونه عوضا والتعليق منتف فلا يعتق باداء قيمة الخمر قال رحمه الله ﴿وسعى في قيمته﴾ يعني اذا عتق باداء الخمر وجب عليه أن يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر الرد للعتق فيجب عليه كما في البيع الفاسد اذا أعتق المشتري العبد أو أتلفه قال رحمه الله ﴿ولم ينقص عن المسمى وزيد عليه﴾ هذه المسئلة لا تعلق لها بمسئلة الخمر بل مسئلة مبتدأة ومعناها كاتب عبده على ألف وخدمته ابدا أو على ألف وهدية فالخدمة أبدا والهدية لا تصلح بدلا فالعقد فاسد فاذا أدى الالف عتق فان كان الالف قدر قيمته لم يبق للمولى عليه سبيل وان كان قيمته أكثر رجع عليه السيد

لزمه ان كان الاجل كثيرا من قيمته وقال زفر لا تلزمه ولو كاتبه على الف رطل من الخمر لا يعتق حتى يدفع اليه مقدار رطل
من خمر كذا في المحيط مختصرا قال الشارح لانه عقد فاسد فيجب عليه قيمته لفساد التسمية فلو لم يرض ان يعتقه بأقل
مما سمى ولا ينقص منه ان نقصت قيمته عن المسمى لانه رضي بالزيادة حتى يثبت شرط الحرية ويزاد عليه اذا زادت قيمته
لئلا يفوت الشرط وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بادائها لانه هو البدل في الفاسد وقد ذكرناه ولم يذكرها فاسكن اعتبار معنى العقد فيه
فيه وأثر الجهالة في الفساد لا في ابطال الحرية بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يختلف اجلا فاحشا ولو أدى
قيمة الثوب لا يعتق الا اذا علقه بأن قال اذا اديت الي كذا فانت حر فيعتق باداء المشروط بحكم التعليق وفي السراج الوهاج ولو كاتبه
على ثوب لم يقل هروي وغيره فهي فاسدة وفي الولوالجية لو كاتبه على قيمة ثوب فهي فاسدة قال رحمه الله ﴿وصح على حيوان
غير موصوف﴾ اي يصح عقد الكتابة على حيوان اذا بين جنسه لا نوعه وصفته لو قال وصح على حيوان بين نوعه كان أولى
كما لا يخفى ولو قال وصح على عبد كان أولى وان كان حيوان ويصرف الى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على
قبول العين لان كل واحد منهما اصل ولا يخفى ان اللفظ لو وصف بجميع أوصافه فالحيوان فاحشة كالحيوان والدابة والثوب
فلا تصح الكتابة ان كان يجمع انواعا كالدابة فانه يشمل الخيل والحمير والبقر كالاسود فتصح الكتابة اذا ذكره فلذا فسرنا
الحيوان بالعبد ثم قوله صح فظاهر في الجنس فقط اذ هو المقول على كثيرين مختلفين بالمقصود منهم والنوع المقول على كثيرين
متحد المقصود منهم وفي السراج الوهاج الاصل ان جهالة الجنس تمنع صحة التسمية في العقود كلها كان مما يقبل المال أو لم يكن
وذلك كالثوب والدابة والحيوان وفي هذا لا يعتق اذا دفع ثوبا ودابة وحيوانا وجهالة الوصف تمنع صحة التسمية في عقد المعاوضة
ولا تمنع صحة التسمية في عقد غير المعاوضة كالنكاح والكتابة وذلك كعبد او ثوب هروي انتهى بالمعنى وقال الامام الشافعي
لا يجوز هذا العقد فان قلت اذا كاتبه على قيمة نفسه فسدت الكتابة واذا كاتبه على عبد تصح الكتابة فما الفرق
قلنا الفرق بينهما ان الجهالة في القيمة جهالة في القدر والجنس والوصف في الحال والجهالة في العبد جهالة في الوصف دون القدر
والجنس فتحمل ولو كاتبه على وصيف غير معين وجب الوسط استحسانا لان العبد يجب في الذمة بدلا عما ليس بمال كالنكاح
ولو كاتبه على ثوب او بيت فاتى بقيمة يجبر على القبول وقد تقدم ان الامام قدر الوسط بأربعين دينارا وقال أبو يوسف ومحمد
على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر الى قيمة او وسط الى قيمة المكاتب ولو قال صح على عبد لكان اولى ولم يحتج للتأويل
قال رحمه الله ﴿وكافر كاتب عبده الكافر على خمر﴾ يعني يصح هذا العقد لانه اذا سمى مقدارا من الخمر معلوما لان الخمر
عندهم مال متقوم كالخل في حق المسلم فصح تسميته اذا كان معلوما والخمر بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه يقع
فاسدا ويجب القيمة على ما سيأتي ولو قال اذا كان المولى كافرا لكان اولى ليشمل الذمي والمستأمن والحربي ولا فرق في الذمي بين
ان يكون في دارنا أو في دار الحرب حيث دخل عندنا مستأمنا لانه من أهل دارنا فتجري عليه احكامنا والمستأمن ما دام في دارنا
تجري عليه احكامنا وانما يحل النظر لو كاتب الحربي عبده المسلم في دار الحرب على خمر وخنزير وادى ذلك فالظاهر انه يعتق
لان ماله مباح لنا أن نأخذه على اي وجه كان برضاه ولا يخفى ان الخمر هنا كالحربي الحكم قال رحمه الله ﴿وأي
اسلم فله قيمة الخمر﴾ لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وفي تسليم عين الخمر تمليكها وتملكها اذا كان المولى يملكها قبل
التسليم لكونها موصوفة في الذمة والعبد يرد على معين فيكون غير ما ورد عليه العقد فيكون تمليكا من المولى ويملكها
المولى في الحال عوضا عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فيعجز عن تسليم الخمر فوجب المصير الى القيمة لانها مقام المسمى
والكتابة باقية على حالها بخلاف ما اذا بيع ذمي من ذمي بخمر ثم اسلم أحدهما قبل القبض حيث يفسد البيع عند البعض لان العقد
يقع على ما يصلح بدلا في الكتابة فيصلح القيمة بدلا فيما اذا كاتبه على وصف ونحوه ولهذا يجبر المولى على قبول القيمة والبيع
لا ينعقد على القيمة صحيحا فلذا افسدنا لا يبقى عليهما فيبدأ اصل المسألة بان الخمر غير متقوم لانه لو كان الخمر متقوما فقد يملكه
بمجرد العقد والتسليم نقل من يد الى يد والمسلم غير ممنوع من وضع يده على الخمر ألا ترى ان المسلم اذا غصب خمرا من ذمي
فالذمي له أن يسترد الخمر من الغاصب ولا يحرم عليه في هذه الحالة فاذا اسلم لا ينتقل الى القيمة ولو الخمر لا يعتبر في هذه المسألة
بالخمر ولم يعرض للخنزير فنقول لو كاتبه على خنزير يملكه بمجرد العقد فاذا أسلم أحدهما قبل القبض لا ينتقل الى القيمة

بل له الخيار بالمعين والمسلم لا يمنع من وضع يده عليه كما لو غصب الذمي حرا فأسلم فله أن يرده من يد الغاصب ولو كان الخمر من غير معين فأسلم أحدهما ينتقل إلى قيمة نفس المكاتب أحدهما من قوله قيمة القيمي تقوم مقام عينه وهذا من خواص هذا الكتاب والحمد لله الذي هدانا لهذا قال رحمه الله ﴿وعتق بقبضها﴾ يعني يعتق بقبض قيمة الخمر لأن الكتابة عقد معاوضة وسلامة أحد العوضين لأحدهما توجب سلامة العوض للآخر وإذا أدى الخمر عتق أيضا من الكتابة التعلق بأداء الخمر كما إذا كاتب المسلم عبده على خمر كما تقدم قال في الكافي هذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين الشيرازي ونجم الدين الأفطسي والسرخسي والنيسابوري وفي شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي ولو أدى الخمر لا يعتق ولو أدى القيمة يعتق لأن الكتابة انتقلت إلى القيمة ولم يبق الخمر بدلا في هذا العقد لأن العقد صحيحا وقع صحيحا على الخمر ابتداء وبقي بعد الإسلام على قيمته صحيحا على حاله فخرج الخمر عن كونه بدلا فيه ضرورة وبأداء غير البدل لا يعتق بخلاف مسئلة المسلم حيث يعتق بأداء الخمر لأن العقد فيه انعقد فاسدا فيعتق بأداء البدل المشروط لما فيه من معنى التعليق ويضمن لمولاه قيمة نفسه وقد تقدم فرق آخر وفرق في النهاية بفرق ثالث حيث قال فإن قلت ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كاتب المسلم عبده على الخمر ابتداء حيث يعتق العبد بأداء الخمر وإن وقع الابتداء فاسدا وفيما نحن فيه وهو ما إذا كاتب النصراني عبده الكافر على خمر ثم أسلم أحدهما ثم أدى الخمر لا يعتق مع أن القياس ينبغي أن يعتق بأداء الخمر بالطريق الأولى لأن العقد في الابتداء تأكد انعقاده على الخمر قلت الفرق بينهما هو أن الكتابة في عقد المسلم على الخمر انعقدت مع الفساد فيعتق بأداء البدل المشروط لما فيه من معنى التعليق لما ذكرنا ويكون عليه قيمة نفسه وأما ههنا فالكتابة انعقدت صحيحة على تقدير إذا تبدل أصح أداؤه وقامت القيمة مقام الخمر ولم توجد ههنا معنى التعليق بأداء الخمر حتى تعتق بأداء الخمر إلى هذا أشار الإمام التمرتاشي في الجامع الصغير اهـ والله تعالى أعلم

﴿باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز﴾

الظاهر أن اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه المقصود بالذات وإلا فقد ذكر في هذا الباب كثيرا مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله قال صاحب العناية لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب وما لا يجوز دون جواز التصرف ينبني على العقد الصحيح اهـ قال رحمه الله ﴿للمكاتب البيع والشراء والسفر﴾ لأن مقصود السيد من العقد الوصول إلى بدل الكتابة ومقصود العبد به الوصول إلى الحرية وذلك إنما يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفق في الحضر فاحتاج إلى السفر ويملك البيع بالمحاباة لأن عادة التجار يفعلونه إظهارا للمسامحة واستجلابا لقلوب الناس وقد يحابي في صفقة ليربح في أخرى وأفاد إطلاقه أنه يملك أن يبيع بالنقد والنسيئة والغبن الفاحش واليسير عند الإمام وعندهما لا يملك بالغبن الفاحش كالعبد المأذون له لو زاد في الثمن أو حط بسبب عيب جاز ولو حط من غير عيب لا يجوز وشراء المكاتب وبيعه من مولاه جائز وإذا اشترى شيئا من مال المضاربة ولا ربح فيه جاز ولا يبيع المولى بالمشترى من مكاتبه مرابحة ما لم يبين لقيام شبهة الملك له فيه ولو أوصى بعين من ماله ثم عتق فأجاز الوصية جازت كذا في المحيط وفي المبسوط ولو باع من مكاتبه درهما بدرهمين لا يجوز لأن هذا صريح الربا والمكاتب في كسبه بمنزلة الحر والمكاتب في حق الشفعة وما يستحقه أو استحق عليه كالحر اهـ ولا يقال هذه الأحكام علمت من قوله خرج من يده دون ملكه ويكون تكرارا لأنا نقول علمت هناك وإن رهن أو ارتهن أو أجر أو استأجر فهو جائز وليس له أن يقرض صريحا مما لا تصريحا وما علم صريحا لا يكون مكررا وفاقا له وفي المبسوط ولو زنى المكاتب أو سرق منه يجب القطع لأنه مخاطب اهـ قال رحمه الله ﴿وإن شرط أن لا يخرج من المصر﴾ إن هذه وصلية وهذا الكلام متصل بما قبله يعني له أن يسافر وإن شرط المولى عليه أن لا يخرج من البلد كما لو خص له نوعا من التصرف دون غيره كل ذلك باطل لأن هذه الشروط مخالفة لما اقتضى عقد الكتابة لأن مقتضاها فك حجر اليد على وجه الاستبداد والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه واكتسابه وأن لا يتحكم عليه أحد ويحصل المال بأي وجه شاء فكانت هذه الشروط باطلة والسفر مظنة تحصيل المال قال الله تعالى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله والكتابة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما تقدم إلا إذا كان داخلا في صلب العقد وهو أن يكون في البدل مثل أن يشترط خدمته أو مكاتبته على خمر أو خنزير فيفسد العقد لأن الكتابة تشبه البيع من حيث إنها تحتمل الفسخ قبل أداء البدل فيفسد العقد إذا وجد الشرط في صلب العقد وتشبه النكاح من حيث إنها لا تحتمل

الصحيح بعد الأداء لأنه مبادلة مال بمال في حق المولى ومبادلة مال بغير مال في حق العبد لأنه لا يملك نفسه ولا يفسد العقد بالشرط
إذ لم يتمكن في صلب العقد كما قال في العناية والتمكن في صلب العقد هو أن يدخل في أحد البدلين والذي ليس في صلب العقد
هو الذي ليس في بدل الكتابة ولا فيما يقابله وقد رد عليه بعض العلماء في قوله ولا فيما يقابله ممنوع فإن مقابله فك الحجر وحرمة المنع
من الخروج تخصيص لملك اليد والحرية فتأمل أقول ليس ذلك بشيء لأن كون المنع من الخروج تخصيصا لملك اليد والحرية لا ينفي
كونه داخلا فيهما لأن تخصيص الشيء قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه كالأداء وبالإنسان بالحيوان فتأمل اهـ
قال رحمه الله ﴿وتزويج أمته﴾ يعني للمكاتب أن يزوج الأمة لأنه من الاكتساب فيملكه ضرورة بخلاف تزويج المكاتبة نفسها
حيث لا يجوز لها وإن كان فيه اكتساب لأن ملك المولى باق فيها فيمنعها من الاستبداد بعينها وفيه تعييبها وربما تعجز فيبقى هذا
العيب فيكون على المولى ضرر وليس مقصودها بتزويج نفسها المال وإنما هو التحصين والإعفاف بخلاف تزويج أمتها فإن
المقصود منه كسب المال فيجوز لها كما يجوز للأب والوصي بخلاف العبد المأذون له في التجارة والمضارب والشريك لأنهم
لا يملكون إلا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منها ولا يملكونه وبهذا التقرير ظهر الفرق بين تزويج المكاتبة نفسها
حيث لا يجوز وإن كان فيها اكتساب المهر وسقوط النفقة كما في تزويج المكاتب أمة نفسه لأن العلة في تزويج المكاتبة نفسها ما ذكرناه
فتأمل وقيد بالأمة لأن المكاتب لا يملك أن يزوج نفسه وولده لأنه ليس من التجارة ولا فيه اكتساب مال بل فيه شغل
رقبته بالمهر والنفقة وفي المحيط زوج عبده امرأة فأعتق فأجاز لم يجز لأن هذا العقد لا مجيز له حال وقوعه لأن الكتابة توجب فك
الحجر في الاكتساب وهذا ليس منها بخلاف ما لو كفل بمال ثم أعتق نفذت كفالته وكذا لو وكل فعتق جاز وكذا لو أوصى لعبد
فأعتق فأجاز لأن هذه العقود لها مجيز حال وقوعها وإنما امتنع ظهورها في حق غيره فسقط حق الغير بالعتق فظهر النفاذ مطلقا
ولا يجوز هبة المكاتب وصدقته ووصيته وكفالته في الحال ولو أعتق رد له الهبة والصدقة لأنها وقعت فاسدة ولو دفع مضاربة أو أخذ
مالا مضاربة فجائز ويجوز له شركة العنان لا المفاوضة ويجوز إقرار المكاتب بالدين والعين والاستيفاء لأنه لا بد للتجار منه ولو أقر
المكاتب على ولده المولود في الكتابة بجناية لم يجز إقراره لأنه إقرار على غيره فإن مات الولد وترك مالا كان ذلك لأبيه وأخذ بإقراره
وصار هو الخصم في الجناية لأنه ظهر المقر له في حقه بإقراره وكذا لو أقر على ولده بدين لم يجز فإن اكتسب الولد مالا وأخذه الأب به
إقراره عليه في المال مكاتب أو مأذون في يده أمة ادعى رجل أنها أم ولده أو مكاتبته فصدقه المكاتب أو المأذون فيه جاز ويدفعها إليه
وكذلك إن كان معها ولد دفعه إليه لأن إقراره بالوديعة لغيره يصح اهـ قال رحمه الله ﴿وكتابة عبده﴾ يعني يملك المكاتب أن
يكاتب عبده لأن الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كما يملك البيع وقد يكون الكتابة أنفع من البيع إذ البيع يزيل الملك
بنفسه والكتابة لا تزيل إلا بعد وصول البدل فإذا جاز البيع فأولى أن تجوز الكتابة وقال الشافعي لا يملك لأن العقد لا يتضمن
مثله ولأنه يؤول إلى العتق وليس له أن يعتق على مال قلنا إنما ملكه على أن الكتابة بيع من نفس العبد وإنما لا يملك الإعتاق على
مال وتعليق العتق على أداء المال لأن فيه إثبات الحرية مقصودة وفي الزيادات رجل مجهول النسب اشترى عبدا فكاتبه فاشترى
المكاتب أمة فكاتبها ثم أقر المولى الأعلى المجهول النسب أنه عبد للمكاتبة فهي مكاتبة على حالها المكاتب الأعلى والمكاتب الأعلى
مكاتب للمكاتبة الأسفل لأنه يصح إقراره على نفسه بالرق لأن حريته لم تثبت بدليل إلا أنه غير مصدق في حق المكاتب لما فيه من
إبطال حق المكاتب فبقي حرا في حق المكاتب مكاتبا بالعجز لا لعدم مكاتبته وهذا كمجهول النسب إذا أقر بالرق لإنسان لم يبطل نكاحها
ويؤدي المكاتب الأعلى بدل الكتابة إلى المكاتبة الأسفل لأن مجهول النسب لما أقر بالرق لها صار هو وجميع أكسابه مملوكا لها
وبدل الكتابة من جملة أكسابه ومتى صار مجهول النسب عبدا في حق هذا الحكم لا يبرأ المكاتب إلا بالأداء إلى المكاتبة والمكاتبة
تؤدي مكاتبتها إلى المكاتب الأعلى ثم المسئلة لا تخلو إما أن يؤديا متعاقبا أو معا فإن أديا متعاقبا فأيهما أدى أولا إلى صاحبه عتق ولا
يكون ولاؤه لأحد لأنهما إما عبد أو مكاتب وهما ليسا من أهل الولاية وأيهما أدى آخرا عتق وولاؤه للأول لأنه لما صار
حرا صار أهلا للولاء وإن أديا معا عتقا ولا ولاء لأحدهما على الآخر لأن عتق كل واحد منهما اقترن بعتق صاحبه فلا يكون
أحدهما أهلا للولاء حال عتق صاحبه وإن عجز أحدهما صار مملوكا للآخر لأنه إن عجز المكاتب صار مملوكا للمكاتبة لأنه من
كسب مجهول النسب وإن عجزت المكاتبة فقد صارت أمة للمكاتب والمقر عبدها إذا صارا جميعا للمكاتب وإن عجزا معا ثبتت

المكاتبة وصار المجهول مع المكاتب عبدين لها لان المكاتب أقر برقبته لمجهول النسب ومجهول النسب أقر برقبته وجميع اكسابه للكاتبة وقد صار المكاتب مقرا برقبته للمكاتب والمكاتبة لما قبلت المكاتبة من المكاتب فقد أقرت برقبتها لمكاتب فقد اجتمع اقرارها واقرار المكاتب سابق على اقرار مجهول النسب وآخر الاقرارين ناسخ لاولهما لان الآخر رد الاول ولم يوجد الرد للثاني فصح وصار الاعتبار لاقرار مجهول النسب لانه آخرهما وهذا كرجل مجهول النسب أقر بانه مملوك لعبد رجل وأقر مولى العبد وهو مجهول النسب انه مملوك لهذا المقر به صار جميعا لو كان لعبد مجهول النسب أقر بالرق للمكاتبة والمولى للمكاتبة وهو المكاتب أقر للمكاتب بالرق لمجهول النسب صارا مملوكين للمكاتبة اهـ مختصرا قال رحمه الله ﴿والولاء له ان أدى بعد عتقه﴾ لان الولاء لمن أعتق وعتيقه المكاتب الاول وهو أهل للولاء عند عتق الثاني وكان ملكه تاما فيه عند ذلك فثبت له ضرورة وفي شرح الطحاوي وان أديا معا عتقا وثبت ولاؤهما من المولى وفي الاصل وان عجز الاول ورد في الرق ولم يؤد الثاني مكاتبته بعد بقي الثاني مكاتبا على حاله ونظيره العبد المأذون له اذا أذن لعبده في التجارة ثم حجر على الاول بقي الثاني بصيرته لو كان للمولى على الحقيقة فلو أعتقه لم ينفذ عتقه ولو كان الاول لم يعجز ولكن مات قبل الاداء ولم يؤد الثاني مكاتبته أيضا فهو على وجهين ان ترك الاول مالا كثيرا سوى ما على المكاتب الثاني وبه وفاء ببدل الكتابة وفي هذا الوجه لا تنفسخ كتابته فيؤدي كتابته ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي يكون لورثته الاحرار وان لم يكن له وارث فلمولاه ويؤدي الثاني مكاتبته الى وارث المكاتب الاول واذا أدى وعتق كان ولاؤه لابن المكاتب حيث يرث ورثته المذكور الثاني اذا مات ولم يترك وفاء سوى ما ترك على المكاتب الثاني وهو لا يخلو من وجهين ان كان مكاتبة الثاني أقل من مكاتبة الاول في هذا الوجه ينفسخ مكاتبة الاول ويكون عبدا ويبقى الثاني مكاتبا للمولى وان كان مكاتبة الثاني مثل مكاتبة الاول أو أكثر منه وهذا الوجه لانه لو أما ان حل مكاتبة الثاني وقت موت الاول فتنفسخ كتابة الاول فيؤدي الثاني الى المولى ويحكم بحريته الثاني للحال وبحرية الاول في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي من مكاتبة الثاني يكون لورثة المكاتب الاول ان كان له وارث حر ويكون ولاء الثاني للمكاتب الاول لا لمولى المكاتب الاول وان حل المكاتب للثاني بعد موت المكاتب الاول ان كان له وارث وان لم يطلب المولى الفسخ من القاضي حتى حل فالجواب فيه كالجواب فيما اذا مات الاول وقد حل ما على الثاني وان طلب من القاضي الفسخ يفسخ كتابة الاول فظهر قول المؤلف لو قال أو عتقا معا باداء مكاتبتهما لكان أولى ليفيد أن الولاء له في الحالتين وفي نوادر ابن سماعة عن محمد اذا مات الاول وقد حل ما على الثاني وقد ترك وفاء الا انه دين على الناس ولم يخرج الدين حتى أدى الاسفل الى الاعلى ينظر في الولاء والميراث الى يوم أدى الكتابة اهـ وفي المحيط فان مات الاول عن ابن ولم يترك الا ما على الثاني ومات الثاني وترك ولدا مولودا في الكتابة يسعى فيما بقي على أبيه ويؤدي الى المولى من مكاتبة الاول فان فضل شئ يكون لابن الاول ويحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته وعتق الولد الاول مع عتق أبيه وولاء الثاني لابن الاول ولو اشترى المكاتب امرأته فكاتبها جاز لانها لو كانت ولدت فهو معها في الكتابة ومع الاب أيضا بخلاف ما لو كاتب أمه وعبدا هو زوجها كتابة واحدة وولدت فالولد يتبع الام كالحر قال رحمه الله ﴿والا لسيده﴾ يعني اذا أدى الثاني قبل أن يعتق الاول كان الولاء لسيد الاول لا للمكاتب لانه يقدر جعل المكاتب معتقا لكونه رقيقا فيلحقه فيه أقرب الناس اليه وهو مولاه كما لو اشترى العبد المأذون له شيئا فانه لا يملك لعدم الأهلية ويلحقه فيه مولاه لانه أقرب الناس اليه ولو أدى الاول بعد لا يتحول عتق المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء في ولد الجارية فان مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق الاصل وهي الام والاصل أن الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب واذا أعتق زالت الضرورة فيتحول الولاء الى قوم الاب وقال في المحيط وولاء العتاقة متى ثبت على أحد لا يحتمل النقل الى غيره كالنسب قال رحمه الله ﴿لا التزوج بلا اذن﴾ يعني لا يملك التزوج بلا اذن لانه يعيب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له الا عقود توصله الى تحصيل مقصوده وهو عتقه فيها اكتساب مال على ما بينا ويملك التزوج باذن المولى لان الحجر لاجله لان ملكه باق فيه فدار باتفاقهما لثبوت ملكه في رقبته وفي الخانية المكاتب لا يملك وطء أمته فان وطئها ثم استحقت يؤاخذ المكاتب بعقرها في الحال قال رحمه الله ﴿والهبة والتصدق الا باليسير﴾ لانه نوع تبرع وهو ليس من أهله الا أن اليسير منه من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون فيملكه لان من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يهب بعوض لانه تبرع ابتداء وكذا

لا يجوز وصيته ولم يبين المؤلف رحمه الله تعالى مقدار اليسير وقال في الذخيرة إنه يتصدق ويهب بقدر الفلس ورغيف وقبضة أقل من درهم وبإحداد الضيافة اليسيرة ويهدي الطعام المهيأ للأكل بقدر دانق ولو وهب أو أهدى درهما فصاعدا لا يجوز قال رحمه الله ﴿والتكفل والإقراض﴾ لأنهما تبرع ليسا من ضرورة التجارة ولا من باب الاكتساب فلا يملكه ولا فرق في الكفالة بين المال والنفس بإذن أو بغيره لأن الكفالة تبرع ولا يجوز كفالة المكاتب بمال أذن المولى فيها أولا وكذا الحوالة وكذا الكفالة بالنفس لا يملكها حيث تتعدى ضرورة إلى المال بأن يعجز عن إحضاره فكان بمنزلة الكفالة بالمال وهو تبرع والمكاتب لا يملك التبرع ويؤخذ منه بعد العتق كالعبد القن إذا كفل وإن كان صغيرا لم يؤخذ منه بعد العتق لأن الكفالة وقعت باطلة فإن كفل بمال بإذن المولى لم يلزم المولى الكفالة ولو أدى المكاتب فعتق لزمته الكفالة كما تقدم وإن كفل عبده لآخر رجع السيد على المكفول عنه إن كفل بأمره وبغير أمره بطل المال عنها لأن المولى ملك ما في ذمة المكفول عنه لعجز المكاتب والكفيل أدى ما كفل به رجع على الأصل إن كفل بأمره وبغير أمره لا يرجع ولو أدى المولى رجع أيضا قال رحمه الله تعالى ﴿وإعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه﴾ لأنه ليس بأهل للإعتاق لأنه لا يتصور إلا ممن يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لأنه فيه إسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين في ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب ولا يملكه وبيع العبد من نفسه إعتاق كما بينا فلا يملكه قال رحمه الله ﴿وتزويج عبده﴾ يعني لا يملك تزويج عبده وكذا لا يملك أن يوكل به لأنه تعييب له ونقص في المال لكونه شاغلا للرقبة بالمهر والنفقة وليس هو من باب الاكتساب في شيء بخلاف تزويج الأمة على ما بينا قال رحمه الله ﴿والأب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب﴾ لأن الأب والوصي كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب والأصل فيه أن من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها يملك تزويج الأمة كالمكاتب والأب والجد والوصي والقاضي وأمينه فكل من كان تصرفه خاصا بالتجارة كالمضارب والشريك والمأذون فلا يملك تزويج الأمة ولا الكتابة عند الإمام ومحمد وقال الثاني يملك تزويج الأمة لأن فيه منفعة على ما بينا وجوابه أنه ليس من باب التجارة فلا يملكه وجعل في النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله في الكافي كالمأذون له في التجارة ولكل وجه قال الشارح جعله كالمأذون أشبه بالفقه قال رحمه الله ﴿ولا يملك مضارب وشريك شيئا منه﴾ يعني لا يملك تزويج الأمة والكتابة لأنهما ليسا من التجارة وقد بيناه قال رحمه الله ﴿ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه﴾ لما ذكر ما هو داخل في الكتابة بطريق الأصالة وأنهاه شرع يذكر ما هو داخل بطريق التبع والتبع يتلو الأصل وإنما يكاتب عليه لأن المكاتب يملك الكتابة وإن لم يملك العتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الإمكان لأنه لما تعذر الإعتاق صار مكاتبا بأمثله للتعذر بخلاف الحر فإنه يملك الرقبة ولا تعذر في حقه فيعتق عليه كما تقدم في بابه وفائدة ذكر الابن والأب وقع اتفاقا لأن هذا الحكم لا يختص بهما بل جميع من له قرابة الولادة يدخلون في كتابته تبعا له وأقواهم دخولا المولود في الكتابة يكون حكمه حكم أبيه حتى إذا مات أبوه ولم يترك شيئا يسعى على نجوم أبيه والولد المشترى يؤدي البدل حالا وإلا رد في الرق وإنما كان كذلك لأن المولود في الكتابة تبعيته ثابتة بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد بخلاف المشترى فإن تبعيته ثابتة بالملك والبعضية فيهما حكما في حق العقد لا حقيقة في حقه لأنه لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال قال الأكمل وتقديم الأب في الذكر للتعظيم وأما في الترتيب فيقدم الابن على الأب سواء كان مولودا أو مشترى في الكتابة والمولود مقدم على المشترى فالمولود يظهر حاله في الحياة وبعد الممات كما تقدم والمشترى في حال الحياة فقط كما تقدم والأب يحرم بيعه حال حياة ولده ولم يقبل منه البدل بعد موته حالا ولا مؤجلا اهـ وإنما قال تكاتب عليه ولم يقل صار مكاتبا لأنه لو صار مكاتبا لصار أصلا ولبقيت الكتابة بعد موت المكاتب الأصلي وليس كذلك بل إذا مات المكاتب يباع الأب فإن قيل ما الفرق بين المشترى في الكتابة من الأولاد وبين ما إذا كاتبه على نفسه وولده الصغير فإنه إذا أعتق المشترى لم يسقط من البدل شيء وأما إذا أعتق الصغير الذي تكاتب عليه يسقط من البدل ما يخصه أجيب بأن المشترى تبع من كل وجه فلا يعتبر به في أصل البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة بخلاف الصغير فإنه مقصود بالعقد والبدل في مقابلته فيسقط ما يخصه وفي الينابيع لو ملك الأجداد والجدات أو أولاد الأولاد تكاتب عليهم وفي الخلاصة ولو اشترى واحدا من أولاده وإن سفلوا أو واحدا من أجداده وإن علوا تكاتب عليه قال رحمه الله ﴿ولو أخا ونحوه لا﴾ يعني لو اشترى أخاه وغيره من محارمه لا يكاتب عليه عند الإمام وقالا يكاتب عليه لأن وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذي رحم محرم منه وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهب لهم ولا يقطع يده إذا سرق منهم إلى غير ذلك من الأحكام

وكذا

فكذا هذا الحكم وللإمام أن المكاتب كسباً ليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لو اشترى أمة ولده لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة إليه ولو وجد كسباً والكسب يكفي للصلة في الأولاد ألا ترى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الولد والوالد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يخاطب الأخ بنفقة أخيه إلا إذا كان موسراً والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص بقرابة الولاد ولأن هذه قرابة تشبه بني الأعمام في حق بعض الأحكام كحل الحلية وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع الزكاة إليه وتشبه الولاد في حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين اثنين منهم فألحقناها بالولاد في العتق وببني الأعمام في الكتابة توفيراً على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه أولى من العمل على العكس وفي الذخيرة لو اشترى العم والعمة فالقياس أن يصيراً مثله في الكتابة وفي الاستحسان لا يكاتب عليها اهـ قال رحمه الله ﴿ولو اشترى أم ولده معه لم يجز بيعها﴾ يعني لو اشترى زوجته مع ولده منها لم يجز له بيعها لأن الولد لما دخل في الكتابة امتنع بيعه لما ذكرنا فتبعته أمه فامتنع بيعها إلا أنها تبع له ولا تدخل في كتابته حتى لا يعتق بعتقه ولا يفسخ النكاح لأنه لم يملكها وكذا المكاتبة إذا اشترت زوجها غير أن هذا إن ينفعه كيفما كان لأن الحرية لم تثبت من جهتها على ما سنذكره قيد بقوله معه لأنه لو ملكها دون الولد جاز له بيعها عند الإمام وقالا ليس له أن يبيعها لأنها أم ولده كالحر إذا اشترى أم ولده وحدها مدونة وللإمام أن القياس أن يجوز البيع وإن كان معها الولد لأن كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدي فيكون للمكاتب وبين أن يعجز فيكون للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد إلا أن بيعها امتنع تبعاً للولد وما ثبت بشرائط المتبوع ولو ثبت بدون الولد ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولا يخفى أن هذا في حال الحياة وأما في حالة الموت قال في الينابيع وإذا مات المكاتب وقد اشتراها مع ولدها ولا سعاية عليهما لكن إن أدى ما على المكاتب عتقا بعد الموت عتقاً وإذا لم يكن معها ولد فقالت أنا أؤدي جميع المال حالاً لم يقبل منها وللمولى بيعها عند الإمام وفي نوادر بشر عن أبي يوسف مكاتب اشترى امرأته وقد حبلت منه وولدت ولداً بعد الشراء فمات المكاتب عن غير وفاء فالولد يسعى فيما على أبيه وفي المضمرات وإذا مات الولد في حياة المكاتب ثم مات المكاتب فإن أدت بدل الكتابة حين موته عتقت وإلا ردت في الرق ولا سعاية عليها وفي الهداية وإذا ولد له ولد من أمته دخل في كتابته فكان حكمه كحكمه وكسبه له وفي الينابيع اشترى جارية فوطئها فجاءت بولد فاعترف به ثم مات عنه فإن ترك معه أبوه ولداً آخر اشتركا في الكتابة قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى إذا مات المكاتب ليس للمولى بيعهم ولا سعايتهم فإن أدى الولد المولود في الكتابة البدل عتق وعتقوا جميعاً وإن عجز ردوا في الرق ورد في الرق إلا أن يقولوا نحن نؤدي المال الساعة فيقبل ذلك منهم فلو قضاه القاضي لغير المولود في الكتابة وإن أدى مال الكتابة وللمكاتب مال كثير كان المتروك في قياس قول الإمام للمولود في الكتابة وفي قياس قول زفر يرثون الجميع منه وفي الولوالجية ولدت مكاتبة ولداً فاشترت ولداً آخر ثم ماتت يسعى المولود في الكتابة على النجوم وما كسبه الولد المشترى أخذه أخوه فأدى من كتابته وما بقي فهو بينهما نصفان وللمولود له أن يؤاجر المشترى بأمر القاضي وإن لم يكن لها إلا المشترى أدى الكتابة حال موتها حالاً وإلا ردت في الرق في قول الإمام وقالا كسب كل واحد منهما له خاصة ويسعيان على النجوم وإن ترك الولد المشترى دون المولود في الكتابة يسعى على نجومه على قولهما وعلى قول الإمام إما أن يؤدي حالاً أو يرد في الرق اهـ قال رحمه الله تعالى ﴿وإن ولد له ولد من أمته تكاتب عليه وكسبه له﴾ لأنه بالدعوة ثبت النسب له فيتبعه في الكتابة وكان كسب الولد له لأنه في حكم مملوكه فكان كسبه له وكذا لو ولدت المكاتبة ولداً دخل في كتابتها كما سنذكره قال في العناية واعترض عليه بأن المكاتب لا يملك التسري فمن أين له ولد من الأمة حتى يدخل في الكتابة وأجيب بأن معنى قوله لا يملك لا يحل له وطء أمة لكن إن وطئ وادعى النسب ثبت قال في المبسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت فادعاه المكاتب فالولد ولده والجارية أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لأن المكاتب كالحر ولا يضمن ولو ولدت المكاتبة من زوجها دخل الولد في كتابتها لأن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق تسري إلى الأولاد قيد بقوله تكاتب عليه ليفيد أن الأم لم تصر مكاتبة قال تاج الشريعة فإن قلت إذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للأم حقها وهنا ثبت للولد حق الحرية فينبغي أن يثبت للأم حقها الاختلاط رتبتها عن الولد قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة لانحطاط رتبتها فإن قلت لم لا تصير مكاتبة تبعاً للولد قلت لأن العقد ما ورد عليها واعترض عليه بأن عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتبة تبعاً للولد وإنما يقتضي أن لا تصير مكاتبة أصالة ألا ترى أنه لو اشترى أباه وابنه

تكاتب عليه وإن لم يرد العقد عليه والصواب في الجواب الثاني عن السؤال أن يقال إنها لا تصير مكاتبة تبعا للولد لانحطاط رتبتها عن
الولد وفي الجناية للمكاتب لا يملك وطء أمته فإن وطئها ثم استحقت الأمة يؤاخذ المكاتب بعقرها في الحال وفي الزيادات مكاتبان
بينهما جارية فجاءت بولد فادعياه ثبت النسب منهما ويصير الولد مكاتبا معهما فإذا أدى أحدهما ما عليه عتق لوجود شرط العتق
في حقه وعتق الجزء من الولد تبعا له ومن نصيب الآخر مكاتبا للآخر عند الإمام وعندهما إذا أدى أحدهما عتق حتى عتق
نصفه من الولد عتق نصيب الثاني من الولد ولا ضمان على الولد ولا سعاية عليه وصارت الجارية كلها أم ولده وعليه قيمة نصيب
الآخر سواء كان موسرا أو معسرا وقال المؤلف دخل في كتابته كما سيأتي كان أولى من قوله تكاتب عليه لأن هذا
أقوى دخولا من المشتري في الكتابة لأنه يقوم مقامه ويسعى على نجومه والدخول يفيد قوة على مكاتب قيده كما سيأتي قال رحمه
الله ﴿وإن زوج عبده من أمته وكاتبهما فولدت دخل في كتابتها وكسبه لها﴾ لأن الولد يتبع الأم في الأوصاف الحكمية فكان
مكاتبا تبعا لها فكانت أحق بكسبه من الأب لأنه جزؤها فصار ككسبها وهي نظير المسئلة الأولى ولو قتل هذا الولد تكون قيمته
للأم دون الأب لما ذكرنا بخلاف ما إذا قبلا الكتابة على أنفسهما وعلى ولدهما الصغير فقتل الولد حيث تكون قيمته بينهما ولا
تكون الأم أحق به لأن دخوله في الكتابة هنا بالشمول عنه والقبول وجد منهما فلا يكون أحدهما أولى من الآخر وفي بعض نسخ
الهداية دخل في كتابتهما وكسبه لهما والأوجه دخل في كتابتها لأن فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية قال بعض الفضلاء
فيه تأمل إذ يجوز أن يقال فائدته أن يعتق بعتقهما سواء اكتسب أو لا وقيل هذا ليس بشيء لأن المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة
الأب هو كون الكسب له لا غير لأنه لا يتبع الأب في الرق والحرية فتأمل وعدل عن قوله تكاتب عليها إلى قوله دخل في كتابتها
ليفيد أن هذا أقوى حالا من المشتري في الكتابة لأنه لو مات المكاتب مفلسا يسعى هذا في الكتابة على نجومها قال رحمه الله ﴿ومكاتب
أو مأذون نكح بإذن حرة بزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد﴾ يعني لو تزوج مكاتب أو عبد مأذون له في التجارة حرة بزعمها
بإذن المولى فولدت فاستحقت فالولد رقيق وليس له أن يأخذه بالقيمة عند الإمام والثاني وقال الثالث ولده حر بالقيمة يعطيها
للمستحق في الحال إذا كان تزوج بإذن المولى وإذا كان بغير إذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الأمة
المستحقة بعد العتق إذا كانت هي الغارة له وكذا إذا غره عبد مأذون أو غير مأذون له في التجارة أو مكاتب رجع عليه بعد العتق وإن
يعتد في حق المولى وإن غره حر رجع عليه في الحال وكذا لو كان مكاتبا وكذا حكم المهر فإن المستحق يرجع به في الحال إن كان التزوج
بإذن المولى وإلا فبعد الحرية وليس له أن يرجع على أحد بالمهر كما علم في موضعه وحكم الغرور يثبت بالتزوج دون الإخبار فأبو حنيفة
لمحمد أنه تزوجها على حرية الأولاد معتمدا على قولها وصار مغرورا كالحر ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا لأن الولد
يتبع الأم في الرق والحرية كما تقدم وترك هذا في الحر بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم والعبد ليس في معنى الحر لأن حق المولى
وهو المستحق في الحر مجبور بقيمة واجبة في الحال وفي العبد بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فتعذر الإلحاق لعدم المساواة هكذا ذكروا
هنا وهذا مشكل جدا لأن دين العبد إذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر في حق المولى ويطالب به في الحال والمذكور هنا أنه تزوجها
بإذن المولى وإنما يستقيم هذا إذا كان التزوج بغير إذن المولى فلأنه لا يظهر الدين في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال
ويشهد لهذا المعنى ما سنذكره والجواب أن المكاتب ثبت له حرية اليد والمأذون فك السيد حجره فثبت له ما يثبت للحر وأعطيناهما
حكم الأحرار ولم يتضمن ما أذن فيه المولى النكاح فتوقف صحة ذلك على إذنه لأن التوقف للحل لا لأن يضمن ذلك السيد لأنهما
صارا فيه كالحر بخلاف مسئلة البيع لأن إذن السيد فيه تناول البيع ولو كان فاسدا فترقا فيه بقوله بزعمها لأن المكاتب لو كان عالما
بحال المرأة لا يصير مغرورا بالإجماع قال رحمه الله ﴿وإن وطئ أمة بشراء فاستحقت أو بشراء فاسد فردت فالعقر في المكاتبة﴾
كما لو اشترى المكاتب أمة شراء فاسدا فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع وجب عليه العقر في الحال وكذا العبد المأذون له في
التجارة لأن هذا من باب التجارة والتصرف تارة يقع صحيحا وتارة فاسدا والكتابة والإذن ينتظمان البيع والشراء بنوعيهما
فكانا مأذونين فيهما كالوكيل بهما فيظهر في حق المولى فيؤاخذ به في الحال قال رحمه الله ﴿ولو بنكاح أخذ به مذ عتق﴾ يعني
لو تزوج المكاتب امرأة بغير إذن المولى فوطئها يؤاخذ بالعقر بعد العتق وكذا المأذون له في التجارة لأن التزوج له ليس من
الاكتساب ولا من التجارة لأن الكتابة كالكفالة ولا يظهر في حق المولى ولا يؤاخذ به في الحال بخلاف الفصل الأول وبخلاف

ما اذا اشترى أمة فوطئها فاستحقت حيث يؤاخذ بالعقر في الحال وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء ولا من الكسب ولا يتناول الاذن ولا عقد الكتابة فيؤخر ما وجب فيه الى ما بعد العتق لعدم ولاية الزامه بهذه الطريق وفي الاصل اذا وقع المكاتب على امرأة كان عليه الحد وهذا ظاهر فان ادعى شبهة فسقط عنه الحد فاذا سقط الحد وجب المهر كالحر ثم يؤاخذ بهذا المهر في الحال ولا يتأخر الى ما بعد العتق وان كانت مطاوعة لا يؤاخذ بالمهر للحال ونظير هذا ما قالوا في المجنون اذا وقع على امرأة فوطئها فان كانت مكرهة فانه يجب عليه المهر وان كانت مطاوعة لا يجب عليه المهر هذا اذا ادعى نكاحا وأنكرت فان صدقته لا يؤاخذ بالمهر في الحال سواء كانت مكرهة أو مطاوعة

﴿فصل﴾ ذكر هذه المسائل في فصل على حدة لاختصاصها بأحكام تخالف ما سبق قال رحمه الله ﴿ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهي أم ولد﴾ لان المولى لما ادعاه صارت أم ولد له فتلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي أمومية الولد فتختار أيهما شاءت ولا يحتاج الى تصديقها الا انها مملوكة له رقبة بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت نسبه من المولى الا بتصديق المكاتبة لانه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وانما له حق الملك فيحتاج فيه الى تصديقها فاذا مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها واذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة لان العتق حصل لها بغير بدل بالاستيلاد وقال صاحب الشريعة فان قلت ينبغي أن لا يسقط عنها الا الاكتساب تسلم لها وكذا أولادها التي اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلنا الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط قلنا بسلامة الاكتساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط البدل عملا بجهة الشرط ورد بانه قد تقرر مرارا أن العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وهنا ليس كذلك لان جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونه شرطا يستلزم السقوط والسقوط وعدمه متنافيان فلما لا يمكن اجتماعهما في محل واحد وتنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين ولا يمكن اجتماعهما والصواب في الجواب انه انما سلم لها البدل لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكتساب والاولاد لان الفسخ للنظر لها والنظر فيما ذكرناه وان ماتت وتركت مالا يؤدي كتابتها منه وما بقي لولدها ميراثا لانه تثبت عتقها في آخر جزء من أجزاء حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر وان ولدت ولدا آخر لم يثبت نسبه من غير دعوى لحرمة وطئها عليه وولد أم الولد انما يثبت نسبه من غير دعوى اذا كان وطؤها حلالا واذا عجزت نفسها وولدت بعد ذلك ولدا في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز يثبت نسبه من غير دعوى الا اذا نفاه صريحا ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد وأطلق في قوله مكاتبة فشمل ما اذا كانت مفردة بالعقد أو مكاتبة مع أخرى وما ذكره خاص بالاولى قال في المحيط رجل كاتب جاريتين مكاتبة واحدة ثم استولد أحدهما فالولد حر والام مكاتبة كما كانت ولا خيار لها لان الاستيلاد حصل في ملكه فعلق حرا وانما قلنا لا خيار لها لانه لا يمكن ردها الى الرق بدون الاخرى ولو ولدت احداهما بنتا فاستولدها المولى البنت صارت أم ولد له والولد حر بغير القيمة وليس لها أن تعجز نفسها وتبطل الكتابة لانها تابعة لامها واذا تعذر فسخ الكتابة تصير أم ولد له اهـ فلو قال بعقد مفرد لسلم وفي المبسوط اذا ادعى المولى حبل المكاتبة فضرب انسان بطنها بعد ذلك بيوم فألقت جنينا ميتا فان في الولد غرة لابيه لانه عتق بدعوته فكان ميراثا له ولا ترث شيأ ولكنها تأخذ العقر ان اختارت المضي على المكاتبة اهـ ولو قال ولو ادعى حملها فضرب آخر بطنها فألقت جنينا ميتا مضت الى آخره لكان أولى لانه يعلم حكم ما اذا ولدته فادعاه بالاولى وفي المبسوط أيضا ولدت مكاتبة من مولاها ثم أقر المولى انها أمة لفلان لم يصدق وان صدقته في ذلك لان حق أمومية الولد قد ثبت لها فلا يصدقان في ابطالها فان قال المدعي بعتها منك بألف ولم ينقد الثمن وقال المولى زوجتني والامة معروفة للمدعي فعلى المولى المهر يستوفيه قصاصا من الثمن وليس عليه قيمة في الام ولا في الولد وان لم تكن معروفة انها للمدعي ضمن القيمة ألا ترى انه لو أنكر البيع لم يتمكن من استردادها فيضمن قيمتها بعد أن يحلف بالله ما اشتراها منه بما يدعيه من الثمن اهـ وقيد بقوله مكاتبة من سيدها ليحترز عن أمة المكاتب فان صدقه ثبت النسب ويضمن قيمة الولد وتعتبر قيمته يوم الولادة هذا اذا جاءت به لستة أشهر من حين اشتراها ولو جاءت به لاقل فادعاه المولى لا تصح دعوته وكذا اذا اشترى المكاتب غلاما من السوق لا تصح دعوته الا بتصديق المكاتب عبد كاتبه وكاتب العبد أمة ثم ولدت المكاتبة ولدا فادعاه مولى المكاتب فالمسألة على

وجوه اما ان صدقاه في ذلك أو كذباه أو صدقه أحدهما وكذبه الآخر فان جاءت بالولد لستة أشهر فأكثر فصدقاه في ذلك أو صدقه
المكاتب ثبت النسب منه وان كذباه في ذلك أو كذبته المكاتبة لا يثبت النسب والعبرة هنا لتصديق المكاتبة دون المكاتب والعبرة
فيما تقدم بتصديق المكاتب دون المكاتبة وبحث العبرة لها قال رحمه الله ﴿وان كانت أم ولده أو مدبرة صح﴾ لان ملكه ثابت في كل
واحد منهما وان كانت أم الولد غير متقومة عند الامام وعقد الكتابة هذه المكاتبة لها البدل ولان ملكه فيهما محترم وان لم يكن متقوما
عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فكان أخذ العوض عنه كالقصاص وعقد الكتابة ليرد على المملوك لحاجته الى التوصل الى ملك
السيد في الحال والحرية في المآل وأم الولد في هذا كغيرها لانها مملوكة يدا ورقبة فانها لا تملك ما يملكه المكاتب في الحال والمآل وكسبها
للمولى قال في الهداية ولا تنافي بينهما لانها تلقاها جهتا حرية قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل
والعتق لا يثبت لهما فكانا متنافيين لانا نقول لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقاها على سبيل البدل وعورض بانه ان أراد
الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة يسلم لها الاكساب وان أراد النوعية فلا تنافي وفي المحيط ومن كاتب أم ولده
على خدمتها أو رقبتها جاز فان أراد بقوله على خدمتها أو رقبتها أن تصير أحق بخدمتها أو رقبتها بأن كاتبها على أن تصير أحق بخدمتها
أو رقبتها فهو الصحيح لان ذكر الخدمة بدون المدة لا يصح وكذا الرقبة لا يتصور أن تكون بدلا لان الشيء الواحد لا يصلح
أن يكون بدلا ومبدلا ولو وطئها بعد ما كاتبها يجب المهر لان العقر والارش بمنزلة الكسب قال رحمه الله ﴿وعتقت مجانا بموته﴾
أي عتقت بموت المولى بغير شيء يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بالاستيلاد وتسلم لها الاولاد والاكساب لانها
عتقت وهي مكاتبة وملكه يمنع من ثبوت ملك الغير فصار فيه كما اذا أعتقها المولى في حال حياته ولئن انفسخت الكتابة
في حقها بقيت الحرية في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ للنظر والنظر فيما ذكرنا ولو أدت البدل قبل موت المولى عتقت
بالكتابة لبقائها الى وقت الاداء وبالاداء تعتق ولا يبطل قال صاحب غاية البيان ولقائل أن يقول النظر في ابقاء حقها وحقها
حصل لا في ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكانت أمة فيه ولم تعتق قبل موت المولى بل حينئذ فينبغي
أن يكون الكسب للمولى لا لها قال رحمه الله ﴿وسعى المدبر في ثلثي قيمته أو كل البدل بموته فقيرا﴾ يعني لو مات من كاتبه
ولا مال له غيره فهو بالخيار أن يسعى في ثلثي قيمته أو جميع بدل الكتابة وهذا عند الامام وقال الثاني يسعى في الاقل منهما وقال
الثالث يسعى في الاقل من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة فالخلاف في الموضعين في الخيار وفي المقدار وأبو يوسف مع أبي حنيفة
مع المقدار ومع محمد في نفي الخيار والكلام في الخيار مبني على تجزؤ الاعتاق وعدمه فعنده لما كان متجزئا بقي ما وراء
الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيتخير للتفاوت
بين الامرين وعندهما العتق لا يتجزأ لانه عتق كله بعتق ثلثه فبطلت الكتابة فلم يثبت الخيار والدليل مامر في كتاب العتق
واعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجزأ عندهما لما عتق ثلثه عتق كله فانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمته
لا غير وأجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فأبقيناها كذلك فلزم ما يكون لها أنفع فيحصل النظر بوجوبه لها وأما
المقدار فعندهما لا يسقط عنه من بدل الكتابة شيء وعند محمد يسقط عنه ثلثه لان الكتابة صادفت ثلثه وعتق ثلثه بالتدبير
فبطل ما بازائه من البدل ولهما ان المال قوبل بما يصح مقابلته به وبما لا يصح فانصرف كله الى ما لا يصح والتدبير يوجب
استحقاق ثلث رقبته لا محالة ولا يتصور استحقاقه بالكتابة وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبته لان البدل هناك مقابل بكل الرقبة اذ لم
يستحق شيء من الرقبة عند الكتابة فاذا أعتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير وسقط حصته من بدل الكتابة بقدره أما هنا
فالكتابة وقعت بعد التدبير ومالية الثلث قد سقطت فكان البدل بازاء الثلثين ضرورة وليس هذا كما اذا أدى في حياته لان
استحقاق الثلث قد سقط بالتدبير وفي المبسوط لو كاتب عبده المأذون المديون فللغرماء نقضها لانها تضمنت ابطال حقهم فاذا
أخذ المولى الكتابة ثم علموا فلهم أخذها من المولى لانه كسب عبد مأذون مديون والغرماء أحق بما كسبه قبل الكتابة فكذا
بعدها بخلاف ما لو ضرب على عبده المأذون المديون ضريبة فانه صح وما يأخذ المولى من الضريبة مسلم له لان الضريبة بدل
المنفعة وللمولى أن يستوفي المنفعة بالاستخدام فكذا له الضريبة بدلا عنه وان بقي من دينهم شيء ضمن له المولى قيمته ويسعى في
بقية دينهم ولا يرجع المولى على العبد بما أدى وكذا لو قضى المولى دينهم جازت الكتابة ولم يرجع على العبد بما أدى من دينهم أمة

مأذونة في التجارة وعليها دين فولدت فكاتب السيد الولد وعتقه فللغرماء رد الكتابة وفي العتق يضمن المولى قيمة الولد قال رحمه الله ﴿وان دبر مكاتبه صح﴾ لانه يملك تنجيز العتق فيملك التعليق بشرط وهذا التصرف نافع له لاحتمال ان يموت المولى قبل اداء بدل الكتابة فيعتق مجانا أو يعجز عن اداء بدل الكتابة فيبقى مدبرا قال رحمه الله ﴿وان عجز بقي مدبرا لوجود السبب الموجب له﴾ قال رحمه الله ﴿والا سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته معسرا﴾ يعني ان لم يعجز ومات المولى معسرا فهو بالخيار بين ان يسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة عند الامام وقالا يسعى في الاقل منهما فالخلاف في الخيار مبني على تجزي الاعتاق وعدمه وقدمنا بيانه وأما المقدار هنا فمتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة ان لم يستحق شيء من الحرية قبل ذلك فاذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقطت حصته من بدل الكتابة بخلاف ما اذا تقدم بالتدبير لانه سلم له تدبير الثلثين فيكون بدل الكتابة مقابلا لما لم يسلم وهو الثلث على ما بينا قال رحمه الله ﴿وان أعتق مكاتبه عتق﴾ لان ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق قال رحمه الله ﴿وسقط بدل الكتابة﴾ لانه التزمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالاعتاق مجانا والكتابة وان كانت لازمة من جانب المولى لكنها تنفسخ بالتراضي بالاجماع وقد وجد من المولى بالاقدام على العتق ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض قال رحمه الله ﴿وان كاتبه على ألف مؤجلة فصالحه على نصف حال صح﴾ والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض عن أجل وهو ليس بمال والدين مال ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين ولا في مكاتب الغير وان لم يجز كان ربا وذلك في عقد المعاوضة غير جائز وعقد المكاتبة عقد معاوضة لا ينتقض بالمهر والطلاق المقابل بالمال وأجيب بان ذلك على خلاف القياس بالنص وكذا ان تقول قوله والدين مال منقوض بقوله لو حلف بانه ليس له مال وله دين على ملي أو معسر لم يحنث الا أن يقال ذلك في الايمان فتأمل ووجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة من وجه غير مال حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من وجه فكان ربا ولان الصلح أمكن جعله فسخا للكتابة السابقة وتجديد العقد على خمسمائة حالة قال بعض الافاضل في قوله الاجل في حق المكاتب مال فيه مناقشة ظاهرة اذ قد سبق ان الاستقراض جائز وبهذا الاعتبار صحت الكتابة حالا وأقول هذه المناقشة انما تظهر ان لو أرادوا نفي القدرة على الاداء الا به نفي القدرة الممكنة وهي أداء ما يتمكن به من الاداء وأما اذا أرادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهو ما يوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال اذ الظهور ان اليسر على الاداء لا يكون الا بالاجل فتأمل قال في المحيط ولو صالحه من الكتابة على عين جاز لان بدل الكتابة بمنزلة الثمن والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز ولا يشترط قبضها في المجلس كذا في المنتقى عن محمد لانهما افترقا عن عين بدين ولو كاتبه على وصيف أبيض فصالحه على وصيفين أبيضين يدا بيد جاز لانه صالحه على دين بعين فيجوز ولو استأجر المولى مكاتبه بما عليه سنة يخدمه صحت الاجارة وعتق العبد المحل لان مولاه ملك بدل الكتابة بالتعجيل فبرئت ذمته عنه فان خدمه المكاتب شهرا ثم مات انتقضت الاجارة وبرئ المكاتب من حصة ما خدم والباقي دين عليه اهـ (فروع) اذا اختلف المولى والعبد فقال العبد كاتبتني على ألف وقال على ألفين أو اختلفا في جنس المال القول قول العبد مع يمينه وعلى المولى البينة واذا جعل القاضي القول قول العبد مع يمينه وألزمه المال وأقام المولى البينة بعد ذلك على ألفين لزمه ألفان ويسعى فيهما وان لم يقم البينة فادى الالف وعتق ثم أقامها بعد ذلك في الاستحسان عتق وعليه ألف أخرى وفي الظهيرية ولو أقاما البينة فالبينة بينة المولى لانها تثبت الزيادة لان المكاتب اذا أدى مقدار ما أقام به البينة يعتق وفي الولوالجية ولو ادعى كتابة فاسدة والآخر جائزة فالقول قول من يدعي الجائزة والبينة بينة من يدعي الفاسدة وفي الذخيرة اذا ادعى المكاتب انها وقعت فاسدة بأن قال كاتبتني على ألف ورطل خمر وأنكر المولى ذلك القول قول المولى ويلزم المكاتب الكتابة وكان ينبغي ان لا يقضي بجواز الكتابة بقول الآمر لان للمكاتب ان يعجز نفسه ويفسخ الكتابة ألا ترى الى ما ذكر في الشهادة اذا أقام المولى البينة على العبد انه كاتبه بالف وأنكر العبد ذلك فالقاضي لا يقضي ببينة المولى وجواب ما ذكرها محمول على الرواية التي تقول انه ليس للمكاتب ان يعجز نفسه من غير قضاء القاضي قال رحمه الله ﴿مات مريض كاتب عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدى ثلثي البدل حالا والباقي الى أجله أو رد رقيقا﴾ يعني المريض اذا كاتب عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف درهم فمات المولى ولا مال له غيره فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى أجله أو يرد

رقيقا وهذا عند الامام أبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى أجله أو يرد رقيقا لان للمولى ان يترك الزيادة بان
يكاتبه على قيمته فكان له ان يؤخر الزيادة وهي ألف درهم بطريق الاولى وصار كالو خالع المريض امرأته على ألف الى سنة
جاز وان لم يكن له مال آخر وصار كله مؤجلا كما مر في باب الخلع ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى جرى عليه أحكام الابدال من
الاخذ بالشفعة وغيرها وحق الورثة متعلق بالمبدل كله فكذا بالبدل بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال وان لم تتعلق الورثة
بالمبدل فكذا لا تتعلق بالبدل وحاصله ان المحاباة بالاجل فيعتبر في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما وعنده الاجل فيما زاد على
القيمة يصح من رأس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث قيدنا وقيمته ألف لانه لو كان بالعكس في العتابية وان كاتبه على
ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلث القيمة حالا أو يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر وهو اسقاط ألف
درهم والتأخير وهو تأجيله الالف ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في الاسقاط ولا في حق التأخير اه وفي المحيط مريض
كاتب عبده على قدر قيمته فمات ولا مال غيره يقال عجل لي ثلثي البدل والثلث مؤجلا كما هو فان لم يعجل يرد في الرق وفيه أيضا
لو كاتب عبده في الصحة ثم أقر في مرضه باستيفاء بدلها صدق لان حق الورثة لم يكن متعلقا بالعقد فصح اقراره بالاستيفاء
كما لو باع أحدهما في الصحة ثم أقر باستيفاء الثمن في المرض ولو كان عليه دين محيط لم يقبل في شئ ويعتق العبد رحمه ويؤخذ
بالكتابة ولو قال ان مت فكاتبوا هذا العبد تصح الوصية لانه يملك عتقه فيملك الايصاء ومن كاتب عبده في مرضه ولا مال له غيره
فأجاز الورثة في حياتهم فلهم الابقاء بعد موته ولو كاتب عبده في صحته على ألف وقيمته خمسمائة فأعتقه عند الموت ولم يقبض شيأ
حتى مات سعى في ثلثي قيمته عندهما وتبطل الكتابة وقال الامام يسعى في ثلثي قيمته وان شاء سعى في ثلثي ما عليه من الكتابة
فان قبض المولى خمسمائة ثم أعتقه في مرضه فان كان المقبوض هالكا لم يحتسب له شئ مما أدى وصار مال الكتابة ما بقي فيسعى في
ثلثي كتابته لان ثلثي كتابته وثلثي ما بقي من كتابته سواء وعندهما يسعى في ثلث قيمته ولو أدى المكاتب المائة ثم أعتقه في
مرضه سعى في ثلثي المائة بالاجماع اه وفي شرح الطحاوي من أعتق مكاتبه وهو مريض ينظر ان كان يخرج من الثلث عتق
مجانا وان كان لا يخرج من الثلث ولم تجز الورثة ينظر الى ثلثي قيمته والى ثلثي بدل الكتابة وله الخيار يسعى في أيهما شاء عند الامام
وظاهره وله عنده أن ملكه كامل له وانما اشترط العقد بعينه ليحترز عما اذا كان بين صحيح ومريض قال في المحيط وان كان العبد
بين رجلين مريض أحدهما وكاتبه الصحيح باذنه جاز وليس للوارث ابطاله وكذا اذا أذن له في القبض وقبض بدل الكتابة
ثم مات المريض لم يكن للوارث ان يأخذ منه شيأ وفي الجامع مكاتب أقر لمولاه في صحته بالف درهم وقد كان المولى كاتبه على ألف
وأقر المكاتب في صحته لاجنبي بالف درهم فمرض المكاتب وفي يده ألف فقضاها المولى من المكاتب فمات من ذلك المرض وليس
له مال غيرها فالالف تقسم بين المولى والاجنبي على ثلاثة أسهم سهمان للمولى وسهم للاجنبي ولو ان المكاتب أدى الالف الى المولى
من الدين الذي أقر به ثم مات فالاجنبي أحق بهذه الالف وبطل دين المولى ومكاتبته وان مات عن غير وفاء فرد في الرق ومات على
ملك المولى ويبطل دين المولى ركتابته ولو لم يقبض المولى الالف ومات وتركها فهي للاجنبي ولو ترك المكاتب اساولده في الكتابة
فالاجنبي أحق بهذه الالف أيضا ويبيع المولى ابن المكاتب بالدين والكتابة واذا أدى الابن الكتابة والدين لا ينقض القضاء
للاجنبي ولو أن رجلا كاتب عبده على ألف درهم في صحته وأقرضه أجنبي ألف درهم ثم مرض المكاتب وأقرضه المولى ألف
درهم بمعاينة الشهود فسرقت من المكاتب وفي يد المكاتب ألف درهم أخرى فقضاها المولى فالمولى أحق بها من الاجنبي بخلاف
ما لو اشترى المكاتب في مرضه عبدا من المولى بالف درهم ولرجل أجنبي على المكاتب ألف فهلك العبد وفي يد المكاتب ألف
درهم لا غير فقضاها المولى من ثمن العبد فمات المكاتب من مرضه ذلك ولم يترك وفاء فما قبض المولى من ثمن العبد لا يسلم للمولى
وان كان البيع وقبض الثمن بمعاينة الشهود فيسترد الالف ويدفع الى الأجنبي والفرق أن صورة القرض المماثلة ظاهرة فيتقدم
المولى ولم تظهر في صورة البيع فقدم الأجنبي فتأمل وفيه أيضا كاتب عبده على ألفين وله ابنان حران وهما وارثاه فمرض المكاتب
وأقر لاحد الابنين بالف درهم وأقر للمولى بدين ألف درهم فمات وترك ألفي درهم فالمولى أحق بالالفين يستوفي أحدهما من
الكتابة والأخرى من الدين فان ترك أقل من الالفين بدئ بدين الابن اه والفرق هو انه اذا ترك ألفين أمكن تصويره بعد
موته حرا نظرا الى صورة المؤدى وان اختلف نوع الدفع فقدم المولى لانه عقد الكتابة على صورة الدين بخلاف ما اذا ترك الاقل

لم يمكن ذلك فقدم الابن فتأمل قال رحمه الله ﴿وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا والا رد رقيقا﴾ وهذا بالاجماع وقد تقدم بيانه قال رحمه الله ﴿حر كاتب عن عبد على ألف وأدى عتق وإن قبل العبد فهو مكاتب﴾ اختلف الشارحون في صورتها قال بعضهم قال حر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت لك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتبا لأن هذا العقد له فيه نفع في حق ما ينتفع العبد وهو أن يعتق عند أداء الشرط وموقوف على اجازة من له الاجازة فإذا قبله صار مكاتبا لأن الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وقال بعضهم صورتها أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أني إن أديت لك ألف درهم فهو حر فإذا أدى لا يعتق قياسا لأن العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق وفي الاستحسان يعتق وجه الاستحسان أنه لا ضرر على العبد في عتقه بأداء الأجنبي ولا يرجع الدافع على العبد لأنه حصل له مقصوده وهو عتق العبد وقيل يرجع على المولى ويسترد ما أداه إن أداه بضمان لأن ضمانه كان باطلا كما لو ضمن في الصحيحة فإنه يرجع بما أدى فهذا أولى وإن أداه بغير ضمان لا يرجع لأنه تبرع به هذا إذا أدى عنه بدل الكتابة كلها وإن أدى عنه البعض فله أن يرجع سواء أداه بضمان أو بغير ضمان لأنه لم يحصل له غرضه وهو العتق فكان حكم الأداء موقوفا فيرجع ولو أدى قبل اجازة العبد ثم أجاز ليس له أن يرجع سواء أدى البعض أو الكل إلا إذا أداه عن ضمان لأن الضمان فاسد فيرجع بحكم فساده فإن قيل ما الفرق بين هذا وبين البيع فإن بيع الفضولي لا يتوقف على اجازة المجيز قبله وبناء عليه وهنا لم يتوقف قبله والجواب أن ماله هذا اسقاط محض وهو لا يتوقف على القبول وفي الشارح ولو قال العبد لا أقبل فأدى عنه الأجنبي الذي كاتب عنه لا يجوز لأنه ارتد برده ولو ضمن الرجل لم يلزمه شيء لأن الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز وفي المحيط ولو كان هذا العبد ابا لهذا القائل وكذا لو كان ابن صغير عبد الرجل واحد فكاتبه عن أبيه لم يجز لأنه لا ولاية له على ابنه الصغير إذا كاتب عبد الغير وإن أدى عتق العبد في الفصول كلها لا نا اعتبرنا الكتابة نافذة في حق ماله وفي التتارخانية رجل كاتب عبد الغير بأمر صاحب العبد على ألف درهم ثم حط عنه خمسمائة ثم بلغ المولى فأجاز فالكتابة بخمسمائة ولو كان وهب له الألف ثم بلغ المولى فأجاز فالهبة باطلة ولو أن رجلا كاتب عبد الغير بغير إذنه على ألف درهم فأدى العبد الألف إليه ثم بلغ المولى فأجاز الكتابة جازت الكتابة ولا يجوز الدفع ولا يعتق بذلك الدفع فإن أجاز المولى الكتابة والدفع وذلك جائز في قول أبي يوسف ويعتق المكاتب بدفعه ولا تجوز اجازة القبض في قول الإمام وما اكتسبه بعد الكتابة قبل الاجازة فذلك للمكاتب على كل حال اهـ وفي شرح الطحاوي ولو كان لرجل عبد غائب فخاطب رجل مولاه فقال كاتب عبدك الغائب على ألف فهذا على وجهين إما أن يشترط الضمان أو لم يشترط أما إذا لم يضمن فالكتابة جائزة ويتوقف على اجازة العبد فإن أجازه جاز ولزمه الألف وإن رده بطل ولو أن هذا الرجل أدى قبل أن يخبر العبد وقبل أن يفسخ جاز وعتق العبد وليس له أن يسترد ذلك في الاستحسان اهـ قال رحمه الله ﴿وإن كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح﴾ يعني إذا كاتب عبدين أحدهما حاضر والآخر غائب بأن قال العبد للمولى كاتبني بألف عن نفسي وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل الحاضر جاز وفي المحيط ولو كاتب عبدا حاضرا وآخر غائبا وقبل الحاضر جاز استحسانا اهـ وظاهره أنه لا فرق في البداية بين أن تكون من السيد أو من العبد والقياس أن يصير الحاضر مكاتبا وحده لأنه عقد الكتابة على نفسه وعلى الغائب فينفذ عليه ويتوقف في حق الغائب على اجازته كما إذا باع ماله ومال غيره أو كاتب عبده وعبد غيره وجه الاستحسان أن المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل في كتابتها أولادها المولود في الكتابة أو المشترى فيها أو المضموم اليها في العقد تبعا لها حتى يعتقوا بأدائها وليس عليهم شيء من البدل ولأن هذا تعليق العتق بأداء الحاضر والمولى ينفرد به في حق الغائب فيصح من غير توقف ولا قبول من الغائب كما لو كاتب الحاضر بالف ثم قال إن أديته إلي فلان حر فإنه يصح من غير قبول الحاضر فكذا هذا إذا أمكن جعل الغائب تبعا استغنى عن شرط رضاه وينفرد به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل ولا عبرة باجازة الغائب ولا رده ولا يؤاخذ الغائب بالبدل ولا بشيء منه ولو اكتسب شيئا ليس للمولى أن يأخذه من يده ولو أبرأه المولى أو وهب له بدل الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه ولو أبرأ الحاضر أو وهبه مال الكتابة عتقا ولو أعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الأم شيء من البدل بعتقه وكذا ولدها المشترى ولو أعتق الحاضر لم يعتق الغائب وسقط عن الحاضر حصته من البدل ويؤدي الغائب حصته حالا أو يرد رقيقا لأن الأجل لم يثبت في حق الغائب وفي المحيط وإن مات

اما بيانه يدفع عن الحاضر بين ذكره في الأصل لا يبيع الغائب ما لم يحضر الحاضر اهـ قال رحمه الله تعالى ﴿وأيهما أدى عتقا﴾ أي أيهما أدى بدل الكتابة عتقا لوجود شرط عتقهما ويجبر المولى على القبول أما إذا دفع الحاضر فلأن البدل عليه وأما إذا دفع الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطرا كما إذا أدى ولد المكاتبة فإنه يجبر على القبول وإن لم يكن البدل عليه وكمعير الرهن إذا دفع الدين إلى المرتهن يجبر على القبول لحاجته إلى استخلاص حقه وإن لم يكن عليه دين وفي المحيط ولو كاتب عبدين كتابة واحدة فارتد أحدهما فقتل لا يعتق الحي ما لم يؤد جميع الكتابة كما لو مات أحدهما حتف أنفه أو قتل وإن ترك المقتول كسبا فأدى به أحد المولى منه جميع البدل وعتقا لأن كسبه تعلق بحق الورثة فلم تصرفيه وإذا التحق بدار الحرب أحد الحاضر فجميع البدل ويرجع على المرتد بحصته إذا عاد قال رحمه الله ﴿ولا يرجع على صاحبه بشيء﴾ يعني لا يرجع واحد منهما بما أدى من البدل على الآخر أما الحاضر فلأنه قضى دين نفسه وأما الغائب فلكونه أدى بغير أمره وليس بمضطر فيه لأنه يطالب به فيما بعد فكان متبرعا بخلاف معير الرهن فإنه مضطر من جهته قال في المحيط كاتب عبدين على ألف منجمة كتابة واحدة فزاد أحدهما مائة درهم ولم يقبل الآخر الزيادة فإنه يلزم الزائد نصف الزيادة ويكون عليه حالا ويعتقان بأداء الألف لأن الزيادة لم تلتحق بأصل العقد لأن الكتابة المنجمة تعليق والتعليق لا يحتمل التغيير فإذا أدى أحدهما لا يرجع بها على الآخر لأنه تبرع ولو زاد أحدهما مائة وضمنها والزيادة كلها عليه نصفها بالأصالة ونصفها بالكفالة قال رحمه الله ﴿ولا يؤاخذ الغائب بشيء﴾ يعني لا يطالب المولى الغائب ببدل الكتابة لأنه لا دين عليه لأنه لم يلتزم له شيئا وإنما دخل في الكتابة تبعا فصار نظير ولد المكاتبة قال رحمه الله ﴿وقبوله لغو﴾ يعني قبول الغائب ورده لغو لأن الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله ولا يعتبر بعد ذلك قبوله ولا رده لكن كمل دين على غيره بغير أمره فلو قبله فأجازته باطلة ولا تغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع قال رحمه الله ﴿وإن كاتب الأمة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح﴾ وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجهه في مسئلة الغائب لأن هذه مثلها في جميع ما ذكرنا من الأحكام لأن الأم والأب الرقيق لا ولاية له على ولده فيكون دخول الولد في كتابتهما بالشرط لا بالولاية كدخول الغائب في كتابة الحاضر وقبول الأولاد وردهم لا يعتبر وفي المحيط كاتب عبده وامرأته على أنفسهما وأولادهما الصغار ثم إن ابنا قتل الولد فقيمته للأبوين ولو غاب الابن فأراد المولى استسعاء الولد في شيء من الكتابة لم يكن له ذلك ولا سبيل للأبوين على كسب الولد لأنه مكاتب أصلا بخلاف المولود في الكتابة لأنه دخل تبعا فكان كسبه لهما ويدفع حصته عن الأبوين إن أعتقه السيد وإن مات الأبوان أدى حالا وإلا رد في الرق إن وقعت الكتابة وهو كبير وإن وقعت وهو صغير نسعى على نجومهما ويثبت الأجل في حقه تبعا لهما ولا كذلك الكبير اهـ وذكر الإمام مثالا وليس بشديد قال في المحيط كاتب عبده على نفسه وولده الصغير جاز استحسانا وإن رد في الرق رد الولد في الرق وإن مات الأب سعى الأولاد وإن كانوا صغارا عاجزين ردوا في الرق لتحقق العجز عن الأداء فإن قالوا نسعى لا يلتفت إلى قولهم ولو لم يعجزوا وسعى بعضهم وأدى لم يرجع على إخوته بشيء لأنه أدى عن أبيه لا عن إخوته فإن ظهر للمكاتب مال لم يكن له أن يأخذ ما أدى لأنه أدى ما لم يكن مطالبا بأدائه وللمولى أخذ كل واحد منهما بأداء جميع بدل الكتابة لأنه قائم مقام أبيه وإن أعتق المولى بعضهم رفعت حصته عن الباقي ولو كانوا كبارا فكاتبه على نفسه وعليهم بغير أمرهم وأدى عتقوا ولا يرجع عليهم كما ذكرنا في الصغار اهـ قال رحمه الله ﴿وأي أدى لم يرجع﴾ لما ذكرنا في مسئلة الغائب ولو أعتق الأم بقي عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونها في الحال بخلاف المولود في الكتابة والمشترى حيث يعتق بعتقها ويطالب المولى الأم بالبدل دونهم ولو أعتقهم سقط عنها حصتهم وعليها الباقي على نجومها وليس له أن يبيعهم ولو أبرأهم عن الدين أو وهبهم لا يصح وهبتها يصح ويعتقون معها لما ذكرنا في كتابة الحاضر مع الغائب والله تعالى أعلم

﴿باب كتابة العبد المشترك﴾

لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لأن الأصل عدم الاشتراك قاله في غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لأن الاثنين بعد الواحد قال رحمه الله ﴿عبد لهما أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب حصته بألف ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض﴾ يعني إذا كان العبد بين اثنين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب حظه وتعبير المؤلف بقوله لهما أولى من تعبير صاحب الهداية حيث قال بين رجلين لأن المثنى يستوي فيه المذكر

والمؤنث فيشمل ما إذا كان بين رجلين أو امرأتين أو رجل وامرأة وقال في العناية وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما
يكون له إذا لم يأذن وفي الأصل وعامة المشايخ لم يشترطوا لصحة الفسخ القضاء أو الرضا والإمام العلامة نجم الدين النسفي شرط له القضاء
أو الرضا اهـ وهذا هو قول الإمام وقالا هو مكاتب لهما والمقبوض بينهما وأصله أن الكتابة تتجزى عند الإمام وعندهما لا تتجزى كما
ذكر في الإعتاق وفي الشارح وفائدة إذنه بالقبض أن يسقط حقه فيما قبضه ويختص به القابض لأن إذنه بالقبض إذن للعبد بالأداء
إليه إلا إذا نهاه قبل الأداء فيصح نهيه لأنه تبرع لم يتم بعد اهـ ووجه قول الإمام أن المكاتب أحق بكسبه فإذا أذن للمكاتب أن
يصرفه بدينه صح إذنه وتم بقضاء دينه به فكان المقبوض للقابض فإن عجز المكاتب لا يرجع الآذن بذلك وإن لم يحصل مقصوده
وهو الحرية لأن المتبرع عليه هو العبد ولو رجع رجع على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف ما إذا تبرع شخص
بقضاء الثمن ثم استحق أو هلك قبل القبض أو انفسخ البيع أو تبرع بقضاء مهر وحصلت الفرقة من جهة المرأة حيث يرجع
بالمهر والثمن لأن ذمة البائع والمرأة صلحت لوجوب الدين المتبرع عليهما فأمكن الرجوع ولو كان الشريك الآذن مريضا وأدى
من كسبه قبله صح من الثلث لأنه تبرع بعين ماله وفي الأول بالمنافع فالتبرع بالمنافع يعتبر من جميع المال وبالعين من الثلث ووجه
قولهما أن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة كله فإذا كاتبه صار كله مكاتبا نصيبه بالأصالة ونصيب شريكه بالوكالة فهو مكاتب لهما
والمقبوض بينهما قيد بقوله بإذن لأنه لو كاتبه بغير إذن شريكه صار نصيبه مكاتبا وللساكت أن يفسخ بالإجماع قبل أن يؤدي بدل
الكتابة دفعا للضرر عن نفسه بخلاف ما إذا باع نصيبه حيث لا يفسخ لأنه لا ضرر فيه لأنه لم يخرج نصيبه من يده بخلاف العتق
وتعليق العتق بالشرط حيث لا يفسخ لأنه لا يقبل الفسخ وفي العناية اعترض بأن الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى
الإعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن شريكه ليس للآخر ولاية الفسخ فمن
أين ذلك في الكتابة وأجيب بأن الكتابة ليست عينا لكل واحد منها وإنما يشتمل عليها فيجوز أن يكون فيها ولاية الفسخ
لمعنى يوجبه وهو إلحاق الضرر ولو أدى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند الإمام لما مر وللساكت أن يأخذ من الذي
كاتبه نصف ما قبض لأنه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر إن كاتب كله بالعلم يرجع على المكاتب بشيء مما أخذه منه شريكه لأنه مسلم
له بدل نصيبه وإن كاتب نصيبه فقط بألف رجع على المكاتب بما أخذه منه شريكه لأن الكل كان بدل نصيبه ولم يسلم له نصفه فيرجع
عليه به وعندهما بالأداء عتق كله ورجع الساكت على شريكه إن كان موسرا وإلا فعلى العبد كما لو أعتقه وله أن يأخذ نصف ما بقي من
الأكساب لأنه كسب عبد مشترك ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الأول صار مكاتبا لهما أما عند الإمام فظاهر لأنها تتجزى
وأما عندهما فلأن الساكت كان له أن يفسخ فإذا كاتبه كان فسخا منه في نصيبه وأيهما قبض شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه الآخر
فيه وتعلق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابته فإن أدى لهما معا فالولاء لهما عندهم وإن قدم أحدهما
صار كمكاتبهما أعتقه أحدهما عتق نصيبه عند الإمام ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية إلا أن يعجز المكاتب فيخير
الساكت بين تضمين المعتق والإعتاق واستسعاء العبد إن كان المعتق موسرا وإن كان معسرا بين الإعتاق والاستسعاء وعند
الثاني يضمن المعتق إن كان موسرا ويستسعي العبد في نصف قيمته إن كان معسرا وعند الثالث يضمن الأقل من قيمة نصيبه ومن
بدل الكتابة في اليسار ويسعى في الإعسار وإن كاتباه كتابة واحدة لا يعتق بأداء نصيب أحدهما إليه ويعتق بإعتاقه وإبرائه
وهبة نصيبه لأنه لم يبق له قبله حق فيكون حكمه حكم المسألة الأولى في التضمين والسعاية والعتق والاختلاف فيها وباستيفاء نصيبه
لم يبرأ لأن المقبوض حقهما ولهذا يرجع عليه شريكه به ولا يعتق حتى يؤدي الكل وحكمه ظاهر وفي المحيط وإن كاتب نصيبه بغير
إذن شريكه فلم يعلم شريكه حتى كاتب نصيبه بإذن الأول ثم علم فليس له الفسخ لأن حق الفسخ إنما ثبت للساكت لدفع الضرر عنه
والضرر هنا يندفع بالفسخ لأنه يبقى نصيبه مكاتبا فما يأخذه أحدهما بعد هذا يسلم له لا يشاركه صاحبه فيه ونصيب كل واحد منهما
مكاتب كتابة على حدة وإذا كاتب كله بإذن شريكه إلى أن قال ولو وهب له نصف بدل الكتابة لم يعتق نصيبه ولو وهب جميع نصيبه عتق
نصيبه والفرق أن بدل الكتابة دين واحد فمتى وهب النصف مطلقا ينصرف إلى النصف شائعا من النصيبين ولا تقع البراءة للعبد عن
جميع حصته وإنما تقع البراءة عن نصف حصته ومتى وهب حصته وحصته لا تحتمل إلا نصيبه خاصة فبرئ العبد عن جميع حصته
فيعتق بخلاف سائر الديون إذا وهب أحد الشريكين نصف الدين مطلقا ينصرف إلى نصيبه لأن الدين ثمة وجب بإيجابه وبخلاف

مكاتبة أحد الشريكين جميع العبد ثم رجع النصف حيث ينصرف إلى نصيبه خاصة لأن إيجاب نصيب شريكه لم يصح في حقه فصار
وجود الإيجاب في نصف شريكه كعدمه فيقع واحدة اهـ قيد بقوله ولم يأذن لأنه لو أذن فيه قال في التتارخانية كاتب نصيبه
بإذن شريكه ولم يأذن له بقبض فهو على قول الإمام الجواب فيه كما إذا لم يأذن له أن يكاتب نصيبه في جميع ما ذكرنا من الأحكام إلا في
مسئلتين أحدهما لا يكون للآذن سبيل أن يفسخ الكتابة في نصيب المكاتب والثاني أنه متى أدى عتق نصيب
المكاتب وعلى قولهما فيصير المكاتب كاتبها اهـ قال رحمه الله (أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه ثم
وطئها الآخر فولدت فادعاه فعجزت فهي أم ولد للأول ويغرم لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة
الولد وهو ابنه) وهذا قول الإمام وعندهما هي أم ولد للأول وهي مكاتبة كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند الثاني
وعند الثالث الأقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد الآخر من الآخر ولا يكون له الولد
بالقيمة ويغرم العقر كله وهذا الاختلاف مبني على تجزئ الاستيلاد في المكاتبة فعنده يتجزأ وعندهما لا يتجزأ واستيلاد القنة
لا يتجزأ بالإجماع واستيلاد المدبرة يتجزأ بالإجماع فإذا عرف هذا فنقول عنده إذا ادعى أحدهما الولد صحت دعوته في نصيبه وهي
تكفي لصحة الاستيلاد وصار نصفها أم ولد له ولم يتملك نصيب صاحبه فيبقى نصيب الآخر مكاتبا على حاله وعندهما يتملك نصيب صاحبه
وصارت كلها أم ولد له لأن الاستيلاد يجب تكميله ما أمكن لكونه فرع النسب وقد أمكن هنا كما في الأمة المشتركة لأن الكتابة
تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمل فرجحنا الاستيلاد فكملناه وفسخنا الكتابة في حق التمليك والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به
المكاتب وتبقى فيما وراءه ولهذا لا يجوز عتقه في الكفارة بخلاف ما إذا استولد مدبرة مشتركة فإنه لا يكمل ويقتصر على نصيبه لأنه لا يمكن
تمليكها إذ التدبير يمنع النقل وللإمام أن الاستيلاد يقبل التجزؤ إذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين اثنين إذا استولدها
أحدهما فإنه يتجزأ ونصيب الآخر يقتصر الاستيلاد على نصيبه والكتابة عنده لازمة كالتدبير فإذا جاءت بولد بعد ذلك وادعاه الآخر صح نسب
ولده منه لقيام ملكه في نصيبه فإذا عجزت بعد ذلك جعل كأن الكتابة لم تكن وتبين أن الأمة كلها أم ولد للأول لأن
المقتضي للتكميل قائم والمانع من التكميل الكتابة وقد زالت فيعمل المقتضي عمله من وقت وجوده فيضمن للآخر نصف قيمتها
لأنه تملك نصيبه بتكميل الاستيلاد ونصف عقرها وضمن الآخر قيمة الولد والولد حر بالقيمة لكونه وطئ أمة الغير فلزمه كمال العقر
قال في العناية ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند الإمام لأن حكم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده وكذا الأمة وأجيب بأن
هذا على قولهما وأما على قول الإمام فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس هذا الجواب بشيء اهـ ولا يخفى أن قوله وكاتباها ليس بقيد
احترازي لأنه لو كاتبها أحدهما فولدت فادعاه فالحكم كذلك عندهما قال في المحيط ولو كاتب نصيبه بغير إذن شريكه ثم علقت
منه فهي أم ولده وهي مكاتبة على حالها عندهما لأن كلها صارت أم ولد له ويتملك نصيب شريكه بالضمان لأن الكتابة لا تتجزأ
عندهما فيضمن نصف قيمتها أو نصف عقرها لشريكه ونصف عقرها لها واختلف على قول الإمام قيل لا يصير الكل أم ولد له لأن
الاستيلاد لم يفد حق العتق في نصيب المستولد للحال ولا يضمن شيئا لشريكه ويضمن جميع العقر للمكاتبة وقيل يصير الكل أم ولد له
لأن الاستيلاد في نصيبه عامل للحال لقيام ملكه فيه فيتملكه المستولد فيضمن نصف قيمتها ونصف العقر لشريكه ونصفه للمكاتبة
ولو وطئها الذي لم يكاتب فعلقت منه فهي أم ولده والمكاتبة جائزة ولا يتملك نصيب المكاتب بالاستيلاد عنده وقيل ينبغي أن تنفسخ
الكتابة بنفس الاستيلاد وعندهما تملك نصيب صاحبه مكاتبة لأن كلها صار مكاتبا بكتابة الأول وصارت كلها أم ولد ولو كاتبها بغير
إذن شريكه ثم كسبت مالا وأدت فعتقت ثم اكتسبت مالا ثم حضر غير المكاتب فله نصف كسبها قبل أداء البدل وكسبها بعد
الأداء لها وعندهما هي حرة فيكون لها وتأخذ نصف المؤدى من المكاتب ولو ولدت المكاتبة بنتا وولدت البنت ولدا فادعاه أحدهما
صح الاستيلاد منه فإن عجزت المكاتبة صارت البنت أم الولد للواطئ ويضمن لشريكه نصف قيمتها يوم علقت لأن بعجز الأم صارت
قنة فيتملكها المستولد من وقت العلوق فإن لم تعجز وأعتق الشريك الآخر البنت بعد العلوق صح ولا سعاية عليها وولدها حر عند
الإمام وعندهما إن أدت البنت عتقت ولا ضمان ولا سعاية وإن عجزت البنت والأم فالبنت كأم الولد بين شريكين أعتقها أحدهما
مكاتبة بينهما ولدت فأعتق أحدهما الولد عتق نصيبه وإن أعتق الأم عتق نصفه الآخر تبعا للأم وإن عجزت فللشريك في الولد الخيارات
الثلاث مكاتبة بينهما ولدت بنتا فعلقت منهما ثم ماتا عتقت البنت وحدها والأم مكاتبة على حالها ولو كانت الأم هي التي ولدت منهما

فلما عتقت وعتق ولدها وإن عجزت ثم ولدت منهما فالولد الأول رقيق لأن الكتابة انفسخت بالعجز في حقهما وصارا قنين ثم صارت أم ولد والأول منفصل ولا يسري حق الحرية اهـ قال رحمه الله ﴿وأي دفع العقر إلى المكاتبة صح﴾ يعني وأي دفع العقر إلى المكاتبة جاز لأنه حقها حال قيام الكتابة فإذا عجزت ردته إلى المولى قال في العناية يعني إذا دفع قبل العجز وهذا قول الإمام وعندهما صارت أم ولد للأول ولزمه كل المهر لأن الوطء في دار الإسلام لا يخلو عن الضمان الجابر أو الحد الزاجر وانتفى الحد للشبهة فيجب العقر ولو عجزت فردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه بها اهـ وفي المبسوط كاتب جاريته ثم مات عن ابنين فاستولدها أحدهما فهي بالخيار إن شاءت عجزت نفسها وهي أم ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه وإن شاءت مضت على كتابتها وأخذت عقرها وسقط الحد لشبهة حق الملك قال رحمه الله ﴿وإن دبر الثاني ولم يطأها فعجزت بطل التدبير وهي أم ولد للأول﴾ وهذا بالإجماع أما عندهما فلأن المستولد تملكها قبل العجز وأما عنده فلأنه بالعجز ظهر أن كلها أم ولد للأول وأنه لم يكن له فيها ملك كامل والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لأن الملك من حيث الظاهر كاف ولهذا لو اشترى أمة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم يبطل وكان الولد حرا بقيمته فكذا هذا وهي أم ولد للأول لأنه يملك نصيب شريكه ويكمل الاستيلاد للإمكان قال رحمه الله ﴿وضمن لشريكه نصف قيمتها﴾ لأنه يملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا قبل ذلك قال رحمه الله ﴿ونصف عقرها﴾ لأنه وطئ جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ﴿والولد للأول﴾ لأن دعواه قد صحت على ما مر وهذا بالإجماع وهذا متكرر مع قوله وهي أم ولد وأجيب بأن ذلك في ذات الأمة وهذا في الأولاد فلا تكرار واعترض باختلاف الموضوع بأن هذا يوهم أن الثاني وطئ وادعى والموضوع خلافه فلو قال وتم الاستيلاد للأول لسلم قال رحمه الله ﴿وإن كاتباها فحررها أحدهما موسرا فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها﴾ وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يرجع المعتق عليها ويستسعيها الساكت إن كان المعتق معسرا والأصل في هذا أن الإعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت كلها للحال وانفسخت الكتابة فالحكم عندهما ما تقدم ومن أصل الإمام أن العتق عنده يتجزأ فصار إعتاق النصف فلا يؤثر الفساد في نصيب الساكت فلا يضمن المعتق قبل العجز لعدم ظهور أثر الإعتاق فيها فإذا عجزت ظهر أثر العتق وكان للساكت الخيارات المذكورة في العتق وهي إن كان موسرا فله أن يعتق أو يستسعي أو الضمان فإذا ضمن كان للمعتق أن يرجع على العبد وإن كان المعتق معسرا كان له خيار العتق أو الاستسعاء على ما بينا في العتق وعلى هذا الخلاف لو دبرها أو استولدها فإذا عجزت ظهر أثرهما فيضمن قيمتها موسرا كان أو معسرا لأن هذا ضمان تملك وعندهما لا يتجزآن فصارت كلها أم ولد أو مدبرة ويضمن لشريكه نصف قيمتها في الحال موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والإعسار ويضمن العقر في الاستيلاد قال رحمه الله تعالى ﴿عبد لهما دبره أحدهما ثم حرره الآخر موسرا فللمدبر أن يضمن المعتق نصف قيمته﴾ وهذا عند الإمام ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فيقتصر التدبير على نصيب المدبر لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت خيار التضمين أو الإعتاق أو الاستسعاء على ما عرف من مذهبه فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء فيقتصر على نصيبه لأنه يتجزأ عنده لكن يفسد نصيب الآخر فله أن يضمنه نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء فإذا ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبرا وقد عرف قيمة المدبر في بابه وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لأنه لا يقبل النقل من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبرا وأبق وضمن الغاصب قيمته فإنه لا يتملكه كذا هذا وقيده بقوله ثم حرره الآخر فعلم أنه قن لأنه لو لم يكن قنا قال في المحيط مكاتب بين رجلين دبره أحدهما صار الكل مدبرا له وهو مكاتب له عندهما ويتملكه بالقيمة لشريكه موسرا كان أو معسرا لأن التدبير لا يتجزأ عندهما فتدبيره لاقى نصيب شريكه فإذا تملكه يتملك بضمان القيمة وضمان القيمة لا يختلف باختلاف اليسار والإعسار واختلفوا أنه يضمن قيمته مكاتبا أو قنا فقيل يغرم نصف قيمته قنا لأنه تنفسخ الكتابة في نصيب شريكه لأن فسخ الكتابة لا يتجزأ وقيل يضمن قيمته مكاتبا لأن الفسخ إنما لا يحتمل التجزؤ لضرورة تضاد الأحكام في محل واحد وذلك لا يوجد هنا فإن الكل قد صار مدبرا من جهة المدبر وعند أبي حنيفة التدبير يتجزأ فيصير نصفه مدبرا فقد اجتمع في النصف سببا الحرية الكتابة والتدبير وفي النصف سبب واحد وهو الكتابة فإذا أدى عتق فإن مات المدبر عتق وعندهما في الكل اجتمع سببا الحرية

الكتابة والتدبير لان من قال بفسخ يقول بالفسخ في حق التملك لضرورة صحة التدبير ولا يظهر الفسخ في حق حكم آخر وهو العتق بأداء بدل الكتابة ولا يخفى ان هذه المسئلة تتكرر مع قوله عبد لموسرين دبر أحدهما وحرر الآخر ومثل هذا لا يليق بهذا المختصر وأيضا محل هذه المسائل باب العتق فتدبره وفي المحيط أنت مكاتب باسم فلان وبإذن فلان فالكتابة والقبول للاول ولو قال أنت مكاتب فلان وفلان بالسنة للكتابة والقبول للثاني قال رحمه الله ﴿وان حرره أحدهما ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق﴾ لان المدبر كان له الخيارات السابقة فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار العتق والاستسعاء وهذا عند الامام وعندهما تدبير الثاني باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك ويضمن قيمته ان كان موسرا لان هذا ضمان اعتاق فيختلف بين اليسار والاعسار والله تعالى أعلم

﴿باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى﴾

تأخير باب أحكام هذه الاشياء ظاهر المناسب لان هذه الاشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها قال رحمه الله ﴿مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة أيام﴾ نظرا للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء ولا يزاد عليه قال صاحب العناية والمدين بالجر عطفا على كامهال أقول هذا بحسب الظاهر غير صحيح وقطعا الا انه لا شك أن المدين معطوف على الخصم والمعنى وكامهال المديون لاجل القضاء ويقبل قوله في الامهال بمجرد قوله قال في البدائع فان عجز عن نجم فان كان له مال حاضر أو غائب بأن قال لي مال على انسان أو قال يجيء في القافلة يمهله القاضي الى الثلاثة أيام اذ انتظار المدة مندوب قال في البدائع ينتظر يومين أو ثلاثة استحسانا والواجب لا يعجز فيه ولا يخفى أن النجم هو الطالع وسمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدى من الوظيفة قال رحمه الله ﴿والا عجزه وفسخها أو سيده برضاه﴾ يعني اذا لم يكن له مال يصل في ثلاثة أيام فسخ القاضي الكتابة أو فسخ المولى برضا المكاتب وهذا عند الامام ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله تعالى عنه اذا توالى على المكاتب نجمان يرد في الرق والاثر فيما لا يدرك بالقياس كالخبر ولانه عقد ارفاق حتى كان التأجيل فيه سنة ولهما ما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه فسخها بعجز المكاتب عن نجم ورده الى الرق والاثر فيه كالمرفوع وما رواه عن علي لا ينفي الفسخ اذا عجز عن نجم بل هو سكوت عنه وأفاد بقوله أو سيده برضاه ان الكتابة لازمة من جانب المولى غير لازمة من جانب العبد فلو أراد العبد ان يعجز نفسه ويفسخ الكتابة وأبى المولى ذلك فللعبد ذلك في الرواية الصحيحة والرواية الثانية انها لازمة من جانب العبد أيضا فليس له ان يفسخها بغير رضا المولى والمراد بقوله وفسخها يعني الحاكم يحكم بعجزه لانه واجب عند طلب المولى وله ولاية ذلك وان لم يرض العبد ولا بد من القضاء كالرد بالعيب وظاهر قوله مكاتب عجز عن نجم صادق بما اذا كاتبه وحده أو مع غيره وليس كذلك بل هو خاص بما اذا كاتبه وحده قال في المحيط ولو كاتب عبدين كتابة واحدة وعجز أحدهما فرده القاضي في الرق والقاضي لا يعلم بكتابة الآخر معه ثم أدى الآخر الكتابة عتقا جميعا لانه لم يصح رد الاول في الرق ما دام الآخر قادرا على أداء بدل الكتابة ولهذا لو علم القاضي بكتابة الآخر لا يرد حتى يجتمعا ولو كاتب الموليان عبدا لهما كتابة واحدة فعجز لم يرد في الرق حتى يجتمع الموليان لانه اذا غاب أحدهما كان الفسخ في نصيب الآخر متعذرا ولو مات المولى عن ورثة فلبعضهم الرد في الرق بقضاء وليس له ذلك بغير قضاء لان بعض الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما له وفيما عليه وفي المحيط كاتب عبدين كتابة واحدة فارتد أحدهما ولحق بدار الحرب وعجز الحاضر لم يرده القاضي في الرق وان رده لم يكن ردا للآخر حتى لو رجع مسلما لم يرده الى مولاه ولو قال في كتابة واحدة لكان أولى اهـ قال رحمه الله ﴿وعاد أحكام الرق﴾ يعني اذا عجز عاد الى أحكام الرق لان الكتابة قد انفسخت وفك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد ولا يخفى أن المؤلف قال وعاد أحكام الرق ولم يقل عاد الى الرق لانه فيه باق قال رحمه الله ﴿وما في يده لسيده﴾ لانه ظهر انه كسب عبده اذ كان موقوفا عليه أو على المولى على تقدير الاداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد تحقق العجز فكان لمولاه قال رحمه الله ﴿وان مات وله مال لم تنفسخ﴾ وهذا قول ابن مسعود وبه أخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت تنفسخ الكتابة بموته وبه أخذ الامام الشافعي له ان العقد لو بقي لبقي لتحصيل العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فبطل وهذا لان العتق لا يخلو اما أن يثبت العتق قبل الموت أو بعده مقتصرا أو مستندا لا وجه الى الاول لعدم شرطه وهو الاداء والشيء لا يسبق شرطه ولا الى

الثاني لان الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه لان العتق اثبات قوة الميت وهو لا يتصور في المالكية بخلاف ما اذا مات المولى لانه ليس بمعقود عليه بل عاقد والعقد يبطل بموت المعقود عليه لا بموت العاقد ولان المولى يصلح أن يكون معتقا بعد الموت كما اذا قال أنت حر بعد موتي ولنا ان الكتابة عقد معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فلا ينفسخ بموت الآخر وهو العبد كالبيع ولان قضية المعاوضة المساواة فاذا بقي العقد بعد موت المولى لحاجته الى الولاء وغيره جاز أن يبقى بعد موت العبد لحاجته الى الحرية ليتوصل الى حرية أولاده ولو مات عاجزا انفسخ الكتابة ولو قذف انسان بعد الاداء يلزمه الحد وقبل الاداء لا يلزمه الحد لان العتق ثبت مستندا الى آخر جزء من أجزاء حياته ولا يظهر الاستناد في حق هذا الحكم قال رحمه الله ﴿وتؤدي كتابته من ماله﴾ يعني تؤدي من خلفه فيكون أداء الخليفة كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل والاستناد يكون في الأحكام الشرعية قلنا نعم لكن فعل النائب مضافا الى حين الثبوت وهذه الاضافة شرعية ألا ترى ان من رمى صيدا فمات قبل أن يصيبه ثم أصابه صار مالكا له حتى يورث عنه والمالك ليس بأهل لكن لما صح السبب والملك يثبت بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة اليه وهو ليس أهلا له ثبت الملك من حين الامكان وهو آخر جزء من أجزاء حياته فكذا هنا وفي الأصل اذا مات المكاتب عن وفاء وعليه ديون لاجنبي سوى بدل الكتابة وله مال يوفي وله وصايا يبدأ من تركته بدين الاجنبي ثم بدل الكتابة وتبطل وصاياه وما بقي يقسم بين ورثته وان لم يبق بعد قضاء الدين شيء يبدأ ببدل الكتابة ولا يبدأ بالدين وان لم يترك مالا الا دينا على الناس فاستسعى المولود في الكتابة وصار رد في الرق فاذا خرج الدين بعد ذلك فهو للمولى اهـ قال رحمه الله ﴿وحكم بعتقه في آخر حياته﴾ بان يقام المتروك الموجود منه في آخر حياته مقام التخلية بين المال والمولى وهو الاداء المستحق عليه وما بقي فهو لورثته قال في نوادر بشر عن الثاني مات مكاتب عن وفاء وله أولاد من أمته فمات بعضهم قبل الاداء فادى ما عليه وبقي مال فهو ميراث ولا يرث الابن الميت وما تركه الابن الميت فهو لأمه واخوته ولو كان الولد معه في عقد الكتابة ثم مات بعد أبيه ثم أديت الكتابة لم يرث أباه وفي نوادر ابن سماعة عن محمد مكاتب مات وترك ابنا ولد له في الكتابة وترك ألفي درهم دينا على الناس فاكتسب الابن ألف درهم وأداها في كتابة أبيه ثم خرج دين الاب وله أخ فان الالفين ميراث بينهما ولا يرجع الابن بما أدى في الالفين وان لم يؤد الابن ذلك من ماله فله أن يؤدي ذلك من مال الاب وفي المنتقى مكاتب مات وله دين على الناس وله مولود ولد في الكتابة يسعى في الكتابة على نجومها وله ابنان حران أيضا ثم مات أحد الابنين الحرين ثم خرج مال المكاتب على الناس فأديت من ذلك بدل الكتابة فالفاضل بين الولد الحر والمولود في الكتابة ويرث الابن الحر أخاه الذي مات بعد موت الاب والابن المولود في الكتابة لا يرث من أخيه الذي مات بعد موت الاب وفي التتارخانية مات الرجل عن مكاتبه وله ورثة ذكور واناث ثم مات المكاتب عن وفاء يؤدي من ذلك بدل الكتابة ويكون بين الورثة الذكور والاناث وما فضل بعد ذلك وليس للمكاتب وارث فهو للذكور من ورثة المولى دون الاناث وفي المحيط مات المكاتب عن وفاء يبدأ بالدين ثم ببدل الجناية ثم ببدل الكتابة ثم بمهر امرأة تزوجها بغير اذن مولاه ثم الباقي ميراث بين أولاده الذين عتقوا بعتقه والذين كانوا أحرارا قبله لان الديون متى اجتمعت يبدأ بالاقوى ودين المداينة أقوى من دين الجناية لانه عوض من كل وجه ودين الجناية عوض من وجه لان مبدله ليس بمال ولهذا لا يملك قبل القبض ودين الجناية أقوى من بدل الكتابة لانه لا يسقط بالعجز ودين الكتابة أقوى من دين المهر لانه وجب باذن السيد والمهر وجب بعقد محجور عليه وان مات عن وفاء دين المولى يبدأ بدين المولى ثم بالكتابة والباقي ميراث فان لم يوف بالدين والكتابة بدأ بالكتابة لانه اذا بدأ بها يموت حرا والولد المولود في الكتابة والولد المكاتب معه كتابة واحدة سيأتي في الارث لانهما يعتقان معه في آخر جزء من أجزاء حياته فان كان الولد منفردا بالكتابة فادى بعد موت الاب بعد قضاء مكاتبة الاب أو قبله لم يرث لانه كان عبدا يوم مات الاب فلم يعتق بعتقه وانما عتق بعد موت أبيه كاتب عبدا مشتركا بغير اذن شريكه فمات العبد وترك كسبا فقد مات عاجزا عند الامام لان نصفه يصير مكاتبا ولا سبيل لواحد منهما على كسبه وعندهما كله مكاتب ويكون كل الكسب ملكا له فيؤدي من كسبه ويضمن المكاتب نصف قيمته لشريكه اهـ قال رحمه الله ﴿وان ترك ولدا ولد في كتابته ولا وفاء سعى كأبيه على نجومه فان أدى حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته﴾ وظاهر اطلاق المتن أنه لا فرق بين ما اذا ولد في كتابته من أمته أو أمة الغير وظاهر العلة تقييده بالاول لان الولد دخل في كتابته وكسبه له فيخلفه في الاداء وصار أداؤه كأداء أبيه فصار كأنه ترك وفاء مع

الولد والظاهر من قوله يسعى ان الولد المولود فيها الابدأن يكون قادرا على السعي رليس كذلك قال في الكافي لو كاتب أمته على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت في مدة الخيار ومات وبقي الولد يبقى خياره وعند الكتابة عند الامام والثاني ولدان يجيرها واذا أجاز يسعى الولد على نجوم الام واذا أدى عتقت الام في آخر جزء من أجزاء حياتها وعتق ولدها وهذا استحسان وعند الثالث تبطل الكتابة ولا يصح اجازة المولى وهو القياس وفي المحيط ولو ترك أم ولد معها ولد لا تباع واستسعت في الكتابة على نجوم المكاتب وان لم تكن معها ولد تباع عند الامام لان حرية أم الولد لاجل الولد فاذا لم يكن ولد تباع وعندهما لا تباع وتؤدي بدل الكتابة بعد موت المكاتب كما لو كان معها ولد ولو حل على أولاده المولودين في الكتابة نجم ولم يؤدوا وبعضهم غائب لم يرد الحاضر في الرق حتى يرجع الغائب لان الفسخ على الحاضر فسخ على الغائب وقد تعذر في حق الغائب فتعذر في حق الحاضر أيضا وفي الولوالجية واذا مات المكاتب عن ولد مولود في الكتابة وولد مشترى معها فعندهما يسعيان في نجوم الام لما اصل في بدل كل واحد منهما بعد موت الام فهو له خاصة وعند الامام المولود يسعى على نجوم الام ويؤدي بدل الكتابة وهو المطالب ويسعى الولد المشترى ويأخذ من كسبه ويؤخره بأمر القاضي وما فضل يكون ميراثا عن الام فيكون بينهما وفي الاصل الولد المولود في الكتابة يسعى في ديون الاب قال رحمه الله ﴿ولو ترك ولدا مشترى عجل البدل حالا أورد رقيقا﴾ وظاهر اطلاق المتن أنه لا فرق في المشترى بين ان يكون ولد بعد الكتابة أو قبلها وسيأتي البيان وهذا عند الامام وعندهما يسعى على نجومه كالمولود في الكتابة لانه صار بمنزلته حتى جاز للمولى اعتاقه كما يجوز اعتاق المكاتب نفسه بخلاف سائر أكساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه وللامام ان الاجل يثبت بالشرط في العقد فيثبت في حق من دخل تحت الكتابة والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لكونه منفصلا وقت الكتابة وأورد عليه انه قدم في أول فصل المكاتب ان المكاتب اذا اشترى أباه أو ابنه دخل في كتابته وأيضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عنده باداء بدل الكتابة حالا وأجيب ان المراد بدخول الولد المشترى في كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل يجعل المكاتب مكاتبا لولده باشترائه اياه تحقيقا للصلة وان عتق الولد المشترى عنده باداء بدل الكتابة حالا ليس لأجل السراية أيضا بل لصيرورة المكاتب اذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفصح عنه في الكافي حيث قال وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل وأعطى في ساعته صار كأنه مات عن وفاء بخلاف المولود في الكتابة لانه من مائة بعد الكتابة قال رحمه الله ﴿وان اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه﴾ لانه لما أدى بدل الكتابة حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته فيتبعه ولده في ذلك فيكون ان حرين وظهر انه مات حرا عن ولد حر وقد بيناه قال رحمه الله ﴿وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة﴾ لانهما صارا كشخص واحد فاذا حكم بعتق أحدهما في وقت يعتق الآخر في ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد على ما بيناه فيصير حرا مات عن ابن حر ولو مات المكاتب وترك ثلاثة أولاد حر ومولود في الكتابة ومكاتب معه بعقد واحد ووصيا ترثه أولاده لما ذكرنا ويملك الوصي بيع العروض دون العقار والدراهم والدنانير لان بيع العروض من باب الحفظ دون العقار والدراهم والدنانير ولو مات الابن قبل أداء الكتابة لا يرثه لان ارثه ليس من حقوق كتابة أبيه ولا يظهر الاستيلاد في حقه قال رحمه الله ﴿وان ترك ولدا من حرة ودينا فيه وفاء بكتابته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب﴾ لان القضاء يوجب الجناية على موالي الام لان المكاتب وان ترك مالا وهو الدين لا يحكم بعتقه الا بعد أداء بدل الكتابة فكانت الجناية عليهم فاذا قضى به القاضي عليهم كان القضاء تقريرا للكتابة فتبقى الكتابة على حالها فاذا أدى بعد ذلك بدل الكتابة عتق المكاتب وظهر للابن ولاء في جانب الاب فينجر اليه ولاؤه ولانه فرع ظهور العتق وكانوا مضطرين فيما عقلوا فلهم الرجوع بذلك على موالي الاب ولا يرجعون بذلك على ولي الجناية قال رحمه الله ﴿وان اختصم موالي الام وموالي الاب في لائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز﴾ لانه اذا كانت الخصومة في نفس الولاء بان مات الولد بعد موت الاب قبل خروج الدين وقضى بميراثه لمولى الام بطلت الكتابة لان القاضي يقضي بكون الولاء لمولى الام لان الخصومة وقعت في الولاء ومن ضرورة القضاء فسخ الكتابة لان الولاء من جانب الام لا يثبت الا اذا تعذر اثباته من جانب الاب وانما يتعذر بفسخ الكتابة لانها لو كانت باقية يمكن ان يثبت من جانبه بالاداء ولو خرج الدين بعد ذلك يكون لمولى المكاتب ميراثا عنده لان صيانة القضاء عن الانتقاض واجب بالاجماع وفسخ الكتابة بعد موت المكاتب مختلف فيه فكان فسخ الكتابة أولى

من نقض القضاء لان القضاء بالفسخ لا ينفسخ وبالقضاء ظهر العجز مطلقا حتى لو ظهر مال مقدار البدل وأخذه المولى لا يكون بدلا عن الكتابة بخلاف ما قبل القضاء قال في المحيط واذا مات المكاتب عاجزا وترك ولدا حرا فظهر للمكاتب وديعة أديت منها كتابته ولا يتحول ولاء الولد الى مولى الاب لان المودع أقر بشيئين أقر بانه ملك المكاتب وأقر أن ولاءه تحول فاقراره على نفسه صحيح فيصدق فيه واقراره بتحول الولاء الى غيره لا يصدق فيه ألا ترى ان المولى لو أقر انه استوفى منه بدل الكتابة قبل موته لا يصدق في حق تحول الولاء الى موالي الاب فكذا هنا وأما اذا مات لا عن وفاء ولا ولد فاختلفوا في بقاء الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع له انسان باداء بدل الكتابة عنه لا تقبل منه وقال أبو الليث لا تنفسخ ما لم يقض القاضي بعجزه حتى لو تطوع انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته قال رحمه الله ﴿وما أدى المكاتب من الصدقات وعجز طاب لسيده﴾ لان الملك يتبدل وتبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله في حق بريرة هي لها صدقة ولنا هدية حين أهدت اليها وكانت مكاتبة فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة معلوم بان مقابله ملك اليد حتى لو كان للمكاتب أن يمنع المولى من التصرف في ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب من التصرف وبالعجز ينعكس الحال وليس هذا الا تبدل الملك للمولى ولئن كان ولا يسلم مثله بمنزلة تبدل العين فصار كالفقير يموت عن صدقة أخذها يطيب ذلك لوارثه الغني لما ذكرنا وكذا اذا استغنى الفقير يطيب له ما أخذ من الزكاة وكذا ابن السبيل اذا وصل الى بلده وفي يده مال من الصدقة لان المحرم عليه ابتداء الأخذ لما فيه من الذل ولا يرخص من غير ضرورة ولو أباح الفقير للغني أو الهاشمي عين ما أخذ من الزكاة لم يحل له لان الملك لم يتبدل ولك أن تقول المحرم ابتداء الأخذ الى آخره فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب له لانه لم يوجد منهما ابتداء الفعل المحرم المقترن بالاذلال قلنا ان لم يوجد منهما الأخذ من يد المتصدق وجد منهما الأخذ من يد الفقير وقد تحقق في حقهما سبب الخبث ولك أن تقول ليس المحرم نفس الأخذ فقط بل نفس الأخذ المقرون بالاذلال فينبغي أن لا يكون خبيثا ونظيره المشتري شراء فاسدا لا يطيب بالاباحة ولو ملكه يطيب ولو عجز المكاتب قبل الاداء الى المولى يطيب للمولى عند محمد لان المولى يملك ما في يده ملكا مبتدأ حتى تنتقض اجارته وعند أبي يوسف لا يطيب له لانه اذا عجز لا يملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ وانما له فيه نوع ملك فيتأكد بالعجز ولم يتجدد له ملك ولهذا لا ينتقض اجارته بالعجز كما في العبد المأذون اذا حجر عليه والصحيح انه يطيب له بالاجماع لما ذكرنا ان المحرم ابتداء الأخذ ولم يوجد من المولى الأخذ اهـ قال رحمه الله ﴿وان جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بها فعجز دفع أو فدى﴾ يعني المولى بالخيار ان شاء دفع العبد وان شاء فداه بالارش لانه لو كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا الفداء بالكتابة من غير علم وقد امتنع الدفع بفعله من غير أن يصير مختارا الفداء فيجب عليه الأقل من قيمته ومن الارش كما اذا أعتقه أو دبره أو استولد الأمة أو باعه بعدما جنى من غير علم بها الا ان المانع من الدفع على شرف الزوال ولم ينتقل حق ولي الجناية من العبد الى القيمة فاذا عجز زال المانع فيتخير بين الدفع والفداء على القاعدة اهـ قال رحمه الله ﴿وكذا ان جنى مكاتب ولم يقض به فعجز﴾ حكمه كالاول لانه لما عجز صار قنا وجناية القن يخير فيها المولى بين الدفع والفداء على ما عرف وقبل ان يعجز تجب الأقل من قيمته ومن الارش لان دفعه متعذر وهو أحق بكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب ألا ترى ان جناية المدبر وأم الولد توجب على المولى الاقل من قيمته ومن الأرش لما انه أحق بكسبهما ولو جنى جناية بعدما حكم عليه بالاولى فهي كالاولى واذا اجتمعت الجنايات في وقت قبل القضاء لم يلزمه الا قيمة واحدة كذا في المبسوط وفيه واذا جنى العبد المكاتب ثم عتق فهو على سعايته وان عجز فالخيار للمولى وان كان العبد وامرأته مكاتبين كتابة واحدة فولدت فقتله المولى وقيمته أكثر من الكتابة فهو على المولى في ثلاث سنين أو قتل المكاتب فالمال يجب في ثلاث سنين وان كانت الكتابة قد حلت قال رحمه الله ﴿فان قضى به عليه في كتابته فعجز فهو دين يباع فيه﴾ يعني اذا قضى بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته وهو الأقل من قيمته ومن الأرش فهو دين عليه يباع فيه لان الحق انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا عند علمائنا الثلاثة وقال زفر تجب عليه قيمته ولا يباع وهو قول أبي يوسف أولا لان المانع من الدفع وقت الجناية موجود وهو الكتابة فلا تتغير كجناية المدبر وأم الولد ولنا ان الاصل في جناية العبد الدفع وانما يصار الى القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال

عن الموجب الاصلي الا بالقضاء والصلح عن الرضا والموت عن الوفاء وهو نظير المغصوب اذا أبق لا يجب عليه القيمة الا بالقضاء حتى لو رجع قبل القضاء تكون لمولاه وان رجع بعد القضاء يكون للغاصب وكذا المبيع اذا أبق قبل القبض لا يبطل البيع الا بالقضاء وكذا اذا قتل لان القيمة تقوم مقامه بخلاف المدبر وأم الولد لانهما لا يقبلان الفسخ قال رحمه الله ﴿وان مات السيد لم ينفسخ الكتابة﴾ لانها حق العبد ولا تبطل بموت السيد كالتدبير وأم الولد والدين وكالاجل فيه اذا مات الطالب ولان الكتابة لا تقبل الانتقال الى ملك الوارث فتبقى على حكم ملك المولى قال رحمه الله ﴿ويؤدي المال الى الورثة على نجومه﴾ لان النجوم حقه لانه أجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله الا من الثلث وقد ذكرناه والوارث ينوب مناب المورث ويقوم مقامه فيكون قبضه بمنزلة قبض المورث ويقع على ملكه ثم يصير الوارث قابضا عن نفسه فيملكه بالارث كما في الدين وفي المحيط ولو أدى المكاتب بدل الكتابة الى الورثة دون الوصي وعلى الميت دين محيط به أولا محيط به لا يعتق لان حق القبض للوصي لا للوارث لان الوارث وان ملك ما قبض اذا لم يكن الدين مستغرقا وللوصي والغرماء ان ينقضوا ملكهم بقدر الدين فلم يدفع الحق الى من له حق القبض فلا يبرأ عن بدل الكتابة كالمودع الى أجنبي وان أدى الى الوصي عتق وان لم يكن في التركة دين لانه قائم مقام الميت وان لم يكن على الميت دين ودفع الى الورثة وتقاسموا جاز لان لهم حق القبض وان أدى الى بعضهم لم يعتق ما لم يصل الى الكل بخلاف الدفع الى الوصي يوجب العتق وصل الى الورثة حقهم أم لا لانه نائب عن الميت بالتفويض ولو أدى المكاتب الى الغرماء وعليه دين محيط جاز وعتق لانه دفع الحق الى من له حق القبض ولو أوصى المولى لانسان بما على المكاتب فدفع المكاتب اليه يعتق لانه دفع الحق الى مستحقه قال رحمه الله ﴿وان حرروه عتق مجانا﴾ يعني لو أعتقه جميع الورثة عتق والقياس أن لا يعتق لانهم لم يملكوه ووجه الاستحسان ان يجعل ابراء عن بدل الكتابة لانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم ابراء واقرارا بالاستيفاء فلم يبق عليه دين فيعتق لبراءة ذمته كما اذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة ويشترط أن يعتقوه في مجلس واحد حتى اذا أعتقه بعضهم في مجلس لم يعتق وقيل يعتق اذا أعتقه الباقون ما لم يرجع الاول وهو رواية هشام عن محمد قال رحمه الله ﴿وان حرره بعض لم ينفذ عتقه﴾ يعني لو أعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شيء لانه لم يملكه ولا عتق فيما لم يملك ولا يمكن ان يجعل ابراء واستيفاء لان ابراء البعض واستيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق من جهته ولا يبرأ من الدين أيضا لان البراءة لم تثبت الا اقتضاء فاذا بطل المقتضي بطل المقتضى ولو قبض واحد نصيب الكل بغير أمرهم لا يعتق الا اذا أجازوا قبضه أو قبض ما أمرهم وفي المحيط لو وهب أحدهم للمكاتب نصيبه في رقبته جاز ولا يعتق لانه لو أدى نصيبه لا يعتق فكذا اذا أبرأه عنه بالهبة فان عجز رد رقيقا فنصيب الواهب في رقبته ثابت لانه عاد قنا بانفساخ الكتابة فصار كأنه لم ينل الهبة من المولى ألا ترى انه اذا وهبه المولى بعض الكتابة ثم عجز صار كله رقيقا للمولى فكذا هنا والله تعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿كتاب الولاء﴾

أورد كتاب الولاء عقب المكاتب لان الولاء من آثار المكاتب لزوال ملك الرقبة عند أداء بدل الكتابة وهو وان كان من آثار العتق الا ان موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت المكاتب الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر والكلام فيه من وجوه الاول في اشتقاقه والثاني في بيان دليله والثالث في سببه والرابع في معناه لغة والخامس في معناه عند الفقهاء والسادس في ركنه والسابع في شرطه والثامن في حكمه اما الاول فهو مشتق من الولاء وهو القرب وهو حصول الثاني عقيب الاول من غير فصل أو من الموالاة يقال ولي الشيء اذا حصل بعده من غير فصل وهو مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة ودليله قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب وسببه الاعتاق لان المولى أنعم على عبده بالاعتاق قال الشارح والاصح ان سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه والاضافة دليل الاختصاص ولان من ورث قريبه عتق عليه وولاؤه له ولا اعتاق من جهته وأما معناه لغة فهو عبارة عن المعاونة والنصرة أو عبارة عن المواصلة والمصادقة وسمي الولي وليا للتناصر وتعاونه لحبيبه وصديقه وعند الفقهاء عبارة عن التناصر سواء كان بالاعتاق أو بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل منهما التناصر كذا في النهاية وأورد عليه بان المذكور في المبسوط

يدل على كون الناصر غيرهما الا انه يماثلهما اذ لا يخفى على الفطن أن المطلوب بالشيء لا يكون نفسه بل يكون أمرا مغايرا له قال في العناية وهو في عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل اهـ واما ركنه فقوله أعتقته أو ملك القريب أو عقدت الموالاة ويشترط كون المعتق أهلا للولاء وهو أن يكون أهلا للارث وهو كونه حرا مسلما وأولاده يكونون أهلا بالعصوبة لا بالقرابة وحكمه أن يعقل الجناية حال حياة معتقه والارث منه بعد مماته قال رحمه الله ﴿الولاء لمن أعتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب﴾ لما روينا وهو بعمومه يتناول الكل لان الرقيق هالك حكما ألا ترى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام التي تختص بالاحياء نحو القضاء والشهادة والملك في الاموال وكثير من العبادات فكان الاعتاق احياء له لثبوت أحكام الاحياء به كالاحياء بالايلاد فيرث به كما يرث الأب ولده ولهذا سمي ولاء نعمة لقوله تعالى واذ تقول للذي أنعم الله عليه بالهدى وأنعمت عليه بالاعتاق والمرأة في هذا كالرجل وقوله الولاء لمن أعتق صادق بما اذا اعتق في دار الاسلام أو في دار الحرب وخلى سبيله في دار الحرب أو لم يخل وليس كذلك لانه اذا أعتق في دار الحرب وخلاه لم يكن له عليه ولاء حتى اذا خرجا الينا مسلمين لا يرثه ولم يكن له عليه ولاء وعند أبي يوسف يرثه ويكون عليه له الولاء ولو قال مسلما ولو رقيقا كافرا في دارنا لكان أحسن ولو أدى المكاتب بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى فيكون لعصبته الذكور وقوله لمن أعتق يعني ولو حكما فدخل العبد الموصى بعتقه وبشرائه وأعتقه الوصي بعد موته فولاؤه لعصبة المولى وكذا مدبروه وأمهات أولاده بعد موته ويكون ولاؤهم له وفي شرح الطحاوي اذا أمر غيره باعتاق عبده فأعتق في حال حياته أو بعد وفاته يكون عن الآمر والولاء له ولو قال لغيره اعتق عبدك عني على ألف درهم فأعتق فالعتق يكون عن الآمر استحسانا والولاء له ولو قال أعتق عبدك عني ولم يذكر البدل فأعتق عتق عن المأمور والولاء له في قولهما وفي قول أبي يوسف عن الآمر والولاء له ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم ولم يقل عني فأعتق فانه يتوقف على قبول العبد فان قبل في المجلس الذي علم به لزمه المال والا فلا والولاء يورث اهـ وشمل قوله لمن أعتق الذمي لان الذمي أهل للولاء كالمسلم وفي المحيط حربي أعتق عبده فلا يخلو اما ان أعتقه في دار الحرب أو في دار الاسلام فان أعتقه في دار الحرب وكان العبد مسلما فولاؤه له لانه لا يسترق وان كان كافرا فلا ولاء له عليه لان الولاء نتيجة العتق واعتاق الحربي عبده المسلم يصح بالاجماع وعبده الكافر لا يصح عند الامام ومحمد اذا لم يخل سبيله وان خلى سبيله صح العتق لكنه لم يتم العتق في حق زوال الرق وان صح في حق ازالة الملك لان كون الحربي في داره سبب لرقه فاذا أعتق الحربي عبده الكافر في دار الاسلام صح عتقه وكل معتق يجري عليه الرق بعد العتق انتقض به ولاؤه حربي أعتق عبدا في دار الحرب ثم خرجا مسلمين فللعبد أن يوالي من شاء لان العتق لم يصح مسلم مستأمن في دار الحرب أو أسلم هناك أعتق عبدا اشتراه هناك ثم أسلم عبده لم يكن مولاه قياسا وله ان يوالي من شاء عندهما وقال أبو يوسف أجعله مولاه استحسانا حربي اشترى عبدا في دار الاسلام فأعتقه ثم رجع فاسترق فاشتراه العبد فأعتقه فولاء الاول للآخر وولاء الآخر للاول قال رحمه الله ﴿وشرط السائبة لغو﴾ يعني لو أعتق المولى عبده وشرط ان لا يرثه كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما في النسب اذا شرط أن لا يرثه قال رحمه الله ﴿ولو أعتق حاملا من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن موالي الأم أبدا﴾ لأن الجنين عتق بعتق أمه وعتق أمه مقصود فكذا هو يعتق مقصودا لانه هو جزء الأم والمولى أوقع الاعتاق على جميع أجزائها وأورد ان هذا مخالف لما ذكر في كتاب الاعتاق فانهم هناك قالوا ان أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها فأوردوا انه يعتق تبعا لا قصدا وهذا مناف لما ذكروه هنا والاصل في هذا قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلده لأقل من ستة أشهر من وقت العتق وكذا اذا ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر منه وبينهما أقل من ستة أشهر لانا تيقنا ان الاول كان موجودا عند العتق فاذا تناول الاعتاق الأول تناول الآخر ضرورة وصار معتقا لهما والولاء لا ينتقل من المعتق وقوله من زوجها القن مثال وكذا لو كان زوجها مكاتبا أو مدبرا وقوله من زوجها صادق بحال قيام النكاح أو بعده وما بعد النكاح لا يتأتى فيه هذا التفصيل فكان عليه ان يقول ولو أعتق حاملا من زوجها القن حال قيامه وجاءت به لأقل من ستة أشهر قال رحمه الله ﴿فان ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الأم﴾ لان الولد حر فيتبعها في الصفات الشرعية ألا ترى انه يتبعها في الحرية وغيرها وكذا الولاء عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه وفي التتارخانية ولدت فقالت المرأة ولدت بعد عتقي بخمسة أشهر فولاؤه لموالي الام

وقال الزوج بعد عتقك بستة أشهر فولاؤه لموالي فالقول قول الزوج اهـ قال رحمه الله ﴿فإن أعتق العبد﴾ وهو الأب ﴿جر ولاء ابنه لمواليه﴾ لأن موالي الأم لم يعتقوا الولد هنا وإنما ثبت لهم بعد إعتاقها وإنما نسب إليه تبعا للأم لتعذر نسبته إلى الأب فإذا أعتق الأب أمكن نسبته إليه فجعله تبعا له أولى من جعله تبعا للأم لأن الولاء كالنسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب إلى الآباء فكذا الولاء ينتقل إلى موالي الأب إذا زال المانع كولد الملاعنة يثبت نسبه من قوم الأم فإذا أكذب نفسه ينتقل إلى الأب لزوال المانع وفي الكافي فإن قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء لا يقبل الفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء أولى منه فتقدم عليه كالوقف في الأخ إنه عصبة فإذا حدث من هو أولى منه كالابن لا يبطل عصوبته ولكن يقدم عليه أورد هل إذا قام لم ينفسخ ولكن قدم عليه لزم أن يرث مولى الأم عند انقطاع مولى الأب بعد انتقال الولاء عن مواليها إلى مواليه ولم يرو عن أحد أنهم يرثون بعد انتقال الولاء عنهم هذا إذا لم تكن معتدة فإن كانت معتدة فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت العتق ولأقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه إلى موالي الأب لأنه كان موجودا عند إعتاق الأم فصادفه الإعتاق ضرورة فلا ينتقل إلى موالي الأب وفي التتارخانية بخلاف ما إذا أعتق الأم حال قيام النكاح ثم جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا وباقي المسألة بحالها كان ولاء الولد لموالي الأم وكذا إذا كانت عن طلاق رجعي وقد جاءت بالولد لستة أشهر كان ولاء هذا الولد لموالي الأم وهذا الذي ذكرناه إذا لم تقر بانقضاء العدة فإن أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر بعد الإقرار ولتمام السنتين بعد طلقها فإن ولاء الولد لموالي الأم وإن جاءت به لأكثر من سنتين بعد طلقها فإن ولاء الولد لموالي الأب وفي الجامع الصغير إذا زوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم لأنهم عاقلة لأمهم ولهم فإن عتق الأب بعد ذلك جر ولاء الأولاد على نفسه ولا يرجعون على عاقلة الأب بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الأب والفرق أن النسب من وقت العلوق لا من وقت الإكذاب وبالإكذاب تبين أن عقله كان على قوم الأب وقد أجبر قوم الأم على الدفع فيرجعون عليهم وفي المولى حين عقل قوم الأم كان ثابتا لهم وإنما ثبت لقوم الأب مقصورا على زمان الإعتاق فلا يرجعون به قال أسلمت كافرة على يد رجل فأعتقت عبدا فارتدت ولحقت بدار الحرب فسبي أبوها فاشتراه رجل فأعتقه لم يجر ولاءه ولاءها لأنها بمنزلة الميت ولو لم ترتد والمسألة بحالها فولاء المرأة لمعتق الأب رجل مسلم أعتق مسلما فرجع عن الإسلام فأمسك وأسلم العبد دون المولى فولاء العبد لمولاه على حاله وإن كان له عشرة من المسلمين فعقله عليهم وميراثه لهم وإن لم يكن فميراثه لبيت المال وعقله عليه وقيل عقله على نفسه قال رحمه الله ﴿عجمي تزوج معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وإن كان له ولاء الموالاة﴾ يعني وإن كان للأب ولاء الموالاة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف حكم الأب حكم أبيه في الوجهين وقوله عجمي مثال بالنسبة إلى المولى وفي المحيط معتقة تزوجت برجل ولا يخلو من خمسة أوجه إما أن يكون عبدا أو مكاتبا أو معتقا أو موليا للموالاة أو عربيا أو عجميا فإن كان عبدا أو مكاتبا فولاء ولدها لمولى الأم لأنه تعذر إثبات الولاء من الأب لفقد الأهلية وألحق ولاؤه بالأم كنسب ولد الملاعنة وإن أعتق الأب جر ولاء ولده إلى مواليه لأنه صار أهلا للولاء وزال المانع وإن كان معتقا فولاء الولد لمولى الأب لأنه استوى الجانبان وترجح جانب الأبوة وإن كان مولى الموالاة فولدت منه فهو مولى لموالي الأم عندهما وقال أبو يوسف الولد مولى لموالي الأب لهما أن ولاء العتق أقوى من موالي الموالاة لأن ولاء العتق لا يحتمل الفسخ وولاء الموالاة يحتمل الفسخ فرجح الأقوى كذا الأقوى على الأضعف وإن كان أعجميا وهي مسألة المتن قال إن كان العجمي له أب في الإسلام فعند أبي يوسف ولاء الولد لموالي الأب واختلف المشايخ على قولهما قيل ولاؤه لموالي الأب عندهم جميعا وقيل لمولى الأم وهو الأصح ولا يعتبر الجد في الولاء اهـ قيد بكونها معتقة لأن العجمي لو تزوج بعربية فولدت له ولدا فإنه ينسب إلى قوم أبيه دون أمه وقيدنا بكون الزوج عجميا فإن العربي إذا تزوج معتقة فإن ولده منها ينسب إلى قومه دونها وقيد القدوري بمعتقة العرب وأطلق المصنف وهو الصواب لأن ولاء العتق قوي معتبر شرعا ولا يختلف بين أن يكون من العرب أو من العجم ولو كانا معتقين أو عجميين أو عربيين فالولد تابع للأب بالإجماع وثمرة الخلاف على ما ذكر المصنف تظهر فيما إذا مات الولد وترك عمته أو غيرها من ذوي الأرحام ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصبتها عندهما وعند أبي يوسف يكون

لذوي

لذوي الأرحام لأن حكمه حكم أبيه وفي شرح الطحاوي امرأة من بني همدان زوجت رجلا من بني أسد فولدت منها فعتقت عبدا
فولاؤه يثبت منها وولدها يكون تبعا للأب من بني أسد فإذا ماتت ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتقة وهو من بني أسد وإن جنى
جناية يكون على عاقلة الأم من بني همدان فالميراث لبني أسد والعقل على بني همدان ، يجوز مثل هذا أن يكون الضمان على الغير
والميراث للغير ألا ترى أن رجلين مثل الخال وابن العم فنفقته على الخال وميراثه لابن العم اهـ وإذا علم أن العجمي الذي له أب في
الإسلام ولاؤه لموالي الأم علم بطريق الأولى إذا لم يكن له أب بالأولى قال رحمه الله تعالى ﴿والمعتق مقدم على ذوي الأرحام
ومؤخر عن العصبة النسبية﴾ وكذا هو مقدم على الرد على ذوي السهام وهو آخر العصبات وهو قول علي رضي الله عنه وبه
أخذ علماء الأمصار وكان ابن مسعود يقول بأنه مؤخر عن ذوي الأرحام بقوله تعالى وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في
كتاب الله وقال عليه الصلاة والسلام للمعتق في معتقه وإن مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته ولما روينا من حديث حمزة
أنه جعل لها النصف الباقي بعد فرض بنت معتقها حين مات عنها فعلم بقوله عليه الصلاة والسلام ولم يدع وارثا أي وارثا هو
عصبته وفي المحيط أقام مسلم بينة عادلة أنه أعتقه وأنه مات مسلما لا وارث له غيره فأقام الذمي شاهدين مسلمين أنه أعتقه وأنه
مات كافرا لا وارث له غيره فللمسلم نصف الميراث ونصف الميراث لأقرب الناس من المسلمين إلى الذمي لاستوائهما في الحجة ولو
شهدا أن الميت مولى فلان عتاقة لم يجز القضاء حتى يقولوا إن هذا الحي أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه لا نعلم له وارثا
غيره مات رجل وأخذ آخر ماله وادعى أنه وارثه لم يؤخذ منه المال لأن يده ثابتة على المال فإن خاصمه إنسان طلب منه البينة لأنه
يدعي استحقاق ما في يده ادعى أن أباه أعتقه فشهد ابنا أخيه لم تقبل لأنها شهادة للجد ادعى رجلان ولاءه بالعتق فأقاما البينة
جعل الميراث بينهما لاستوائهما في الحجة ولو قضى القاضي لأحدهما بالولاء والإرث ثم شهد آخران لآخر بمثله لا يقبل إلا أن يشهدا
أنه اشتراه من الأول قبل أن يعتقه فيبطل القضاء للأول أقام أحدهما البينة على ولاء العتاقة والآخر على أنه حر الأصل أسلم
على يده ووالاه والعاقل يدعيه فهو أولى ادعى رجل أن أباه أعتق فلانا الميت وآخر أن أباه أعتقه وأقرت بنت الميت به فالإقرار باطل
والشهادة جائزة ولو شهد للآخر ابنتان فالولاء بينهما ادعى آخر أنه أعتق الميت وأقام البينة وأقام من في يده المال البينة
على مثل ذلك فالمال والولاء بينهما قال رحمه الله ﴿فإن مات المولى ثم المعتق فميراثه لأقرب عصبة المولى﴾ لأن الولاء يجر الإرث
وإنما يثبت للعصبة بطريق الخلافة فيقدم الأقرب فالأقرب حتى لو ترك أبا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن ولو ترك جد
مولاه وأخا مولاه كان الولاء للجد لأنه أقرب في العصبة وفي الأول خلاف أبي يوسف فإنه يعطي الأب السدس والباقي للابن
والثاني خلاف من يرى توريث الإخوة مع الجد وكذا الولاء لابن المعتقة دون أخيها وعقل جنايتها على أخيها لأنه من قوم أبيها
لما روي أن علي بن أبي طالب والزبير بن العوام اختصما إلى عثمان في معتق صفية بنت عبد المطلب حين مات فقال علي مولى
عمتي فأنا أحق بإرثه لأني أعقل عنها وقال الزبير مولى أمي فأنا أرثها فكذا أرث معتقها فقضى عثمان بالإرث للزبير وبالعقل
على علي ولو ترك المعتق ابن مولاه وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روي عن عمر وعلي وابن مسعود أنهم قالوا
الولاء للكبير أي لأكبر الأولاد والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا ولو مات المعتق ولم يترك إلا ابنة المعتق فلا شيء لبنت المعتق
في ظاهر الرواية عن أصحابنا ويوضع ماله في بيت المال وبعض المشايخ كانوا يفتون بالدفع إليها لا بطريق الإرث بل لأنها أقرب
الناس إلى الميت وليس في زماننا بيت مال منتظم ولو دفع إلى السلطان أو القاضي لا يصرفه إلى المستحق ظاهرا وكذا ما فضل
عن فرض الزوجين يرد عليهما وكذا ولد الابن والبنت من الرضاع يصرف إليهما إذا لم يكن هناك أقرب منهما ذكر هذه المسائل
في النهاية والذميون يتوارثون كالمسلمين لأنه أحد أسباب الإرث وفي المحيط مات المعتق عن ابنين فمات أحدهما عن ابن
والآخر عن ابنين ثم مات المعتق فالميراث على عدد رؤوسهم لأنهم سواء في كونهم عصبة الميت ولو أعتقت المرأة ثم ماتت عن زوج
عبد وابن وبنت ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتقة لأنه عصبتها لا غير أعتق أمة وماتت عن ابن والابن عن أخ لأمه ثم ماتت المعتقة
فالميراث للعصبة ولا شيء للأخ لأنه ليس بعصبة أخرى وفيه أيضا ارتد ولحق بدار الحرب وله معتق فمات المعتق ورثه الرجال من ورثته
اهـ قال رحمه الله ﴿وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن
أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن﴾ لقوله صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن الحديث ولأن المرأة تساوي الرجل

في ولاء العتاقة نسبه بسبب انتساب لقوة الحكمية لانه في رقي يساوي الرجل فيه كما ثبت لها ونسبه في سلب المالكية نسبت اليها كما
ينسب الى الرجل لهذا احتمل عصبته فيه كالرجل وفي المحيط وان اعتقت امرأة عبدا ثم اشترى العبد اباها حتى عتق عليها ثم مات الاب عن هذه الابنة
وبنت أخرى فالثلثان لهما بحكم الفرض والباقي للمعتقة بحكم الولاء ولو كان الاب بعد ما عتق على ابنته اعتق عبدا ثم مات الاب
ثم مات المعتق والابنة المشتراة كان الميراث للعتيقة يرث المعتق من قبل المعتق اهـ والله تعالى أعلم

(فصل) قال في العناية في ولاء الموالاة أخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة أقوى لانه غير قابل للتحول والانتقال
وجميع الآثار المتعلقة بولاء الموالاة فان للمولى ان ينقل قبل العقد ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء
الموالاة الاحياء اصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه في انه سبب للارث ولانه مقدم على ذوي الارحام والكلام فيه من وجوه الاول
في دليله والثاني في ركنه والثالث في تفسيره لغة وشرعا والرابع في شرطه والخامس في حكمه أما دليله فقوله عليه الصلاة والسلام
لمن سأله عمن أسلم على يد رجل فقال هو أحق الناس بمحياه ومماته اي بميراثه وحديث تميم الداري ان رجلا أسلم على يد رجل ووالاه
فقال عليه الصلاة والسلام هو أخوك ومولاك تعقل عنه وترثه وأما ركنه فقوله أنت مولاي على كذا وأما الولاء لغة فهو مشتق
من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل سمي ولاء العتاقة وولاء الموالاة وأما تفسيره شرعا على ما ذكر في
الذخيرة وغيرها وان يسلم رجل على يد رجل فيقول له اني أسلمت على يدك والشك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك
وعلى عاقلتك وقبل الآخر قال في العناية والنهاية واما شرطه فله شرائط أحدها أن يكون مجهول النسب بان لا ينتسب الى
شخص بل ينسب الى غيره واما نسبة غيره اليه فغير مانعة والثاني أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء الموالاة مع أحد وقد عقل عنه
والثالث أن لا يكون عربيا اهـ وفي الكافي انما تصح لان الموالاة شرائط منها أن يشترط الارث والعقل قال في العناية فان قيل
من شرط العقل عقل الاعلى أو جرى بينه فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلاثة وأجيب بان المذكور انما هي
الشرائط العامة لحاجة النهاية كل واحد من الصور واما ما ذكرت فانه نادر فلم يذكر وفي الشارح ولو ذكر الارث من الجانبين كان
كذلك لانه يمكن أن يتوارثا بخلاف ولاء العتاقة حيث لا يرث الا الاعلى ويدخل فيه الاولاد الصغار ومن يولد بعد عقد الموالاة وفي
البدائع ومن شرائط عقد الموالاة ان يعقل العاقدين وجريه الاسفل أيضا اهـ وفي المبسوط واذا عقد العبد عقد الموالاة باذن
مولاه كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى اهـ وأما حكمه شرعا فالارث والعقل عنه واعترض بان الارث والعقل شرط
لصحة العقد فكيف يكون حكما والشرط متقدم والحكم متأخر وأجيب بانه يجوز أن يكون له حالتان فباعتبار التقدم شرطا
وباعتبار التأخر حكما قال رحمه الله (واسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او على يد غيره ووالاه صح وعقله
على مولاه وارثه له وان لم يكن له وارث) وقوله أسلم الى آخره ظاهره ان حدوث الاسلام لا بد منه وان الاسلام أيضا لا بد منه لانه
موالاة مجهول الحال لو لم يعلم حدوث اسلامه صحيحة وتصح موالاة الذمي للمسلم فلو قال غير عربي الى آخره لكان أولى ليشمل المسلم
والذمي ومن أحدث الاسلام وغيره وفي فتح القدير ولذا في المحيط ذمي من نصارى العرب ليس له أن يوالي غير قبيلته اهـ فهذا يدل على ان
غير المجهول صح معه عقد الموالاة قلنا لا يدل ذلك لانه انما قال ذلك لان عقد الموالاة ثابت له مع قبيلته باعتبار عقل عواقل العرب بعضهم
مع قبيلته كان هذا تحصيل الحاصل وهو محال وقال مالك والشافعي لا اعتبار بهذا أصلا وقد بين الدليل من الجانبين في المطولات
واعترض صاحب البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد اذا أسلم رجل
على يد رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وهذا يدل على ان اشتراط الارث والعقل ليس
بشرط بل مجرد العقد كاف وأجيب بان عدم وقوع التصريح بذكرهما بناء على ظهورهما لتضمن عقد الموالاة ذلك ولو لم يذكر
وفي المحيط أسلم ذمي فوالى رجلا وله ولد صغير من ذمية لم يكن ولاء ولده للمولى استحسانا وفي القياس قول الامام يكون له أسلم
رجل على أن يكون لابنه لا لاول ولبنيه لا يجوز لان عقد الموالاة لا يجوز تعليقه بالاخطار فلو قال ان السلك ان فعلت كذا لم يصح وان
كان لمن عقد عقد الموالاة ولد كبير فاذا أسلم ابنه الكبير على يد رجل ووالاه فولاؤه له لانه أولى بنفسه لا يتبع ولا يتبع الاب وان أسلم
ولم يوال أحدا فولاؤه موقوف بخلاف ولاء العتاقة فان الولد الكبير يتبع الاب في ولاء العتاقة لان الكبير يستنصر من يوالي أما
رجل والى رجلا ثم ولد له من امرأته ولد فوالت رجلا فولاء الولد لمولى الاب واذا والى رجلا وابنه الكبير رجلا كان كل واحد مولاه

ولا يجر بعضهم بعضا فإن سبي ابنه وأعتق لم يجر ولاء أبيه فإن سبي أبوه وأعتق جر ولاء الابن لأن الابن ينسب إلى الأب فكذا
في الموالاة فإن كان له ابن ابن والابن لم ينسب لكن أسلم فوالى رجلا وسبي الجد فأعتق لم يجر الجد ولاءه إلا أن يجر ولاء ابنه
فينجر حتى لو كان الأسفل مواليا آخر ثانيا والجد معتق لا يجر إلا أن يسلم الأوسط فيجره الجد فيجر بجره أسلم الحربي ولم يوال
أحدا ثم أعتق أبوه جر ولاءه ولو أسلم أبوه ووالى رجلا لم يجر والى ذمي مسلما أو ذميا جاز وهو مولاه لأنه يجوز أن يكون للذمي
على المسلم ولاء العتاقة وكذا ولاء الموالاة فإن قلت قال في المحيط ذمي والى مسلما فمات لم يرثه لأن الإرث باعتبار التناصر
والتناصر في غير القرب إنما هو بالدين فهذا يفيد أن الموالاة لا تكون بين المسلم والذمي قلنا هي تكون بينهما لكن الإرث إنما
يكون حيث لا مانع وحينئذ المانع هنا وهو اختلاف الدين وإن أسلم على يد حربي ووالاه لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيما إذا
أعتق الحربي عبده المسلم قيل يصح لأنه يجوز أن يكون للحربي على المسلم ولاء العتاقة فكذا ولاء الموالاة وقيل لا يصح لأنه عقد
الموالاة مع الحربي للتناصر وقد نهينا عن ذلك بخلاف الذمي اهـ وفي المبسوط رجل اشترى من رجل عبدا ثم شهد أن البائع كان
أعتقه فهو حر وولاؤه موقوف إذا كذبه البائع ذلك فإن صدقه البائع بعد ذلك ظهر أنه المولى وكذا إن صدقه الورثة بعد موته وفي
التتارخانية رجل من أهل الذمة أعتق عبدا فنقض الذمي العهد ولحق بدار الحرب فأخذ واسترق فصار عبد الرجل وأراد معتقه أن
يوالي رجلا لم يكن له ذلك لأن مولى العتاقة لا يملك أن يوالي أحدا فإن أعتق مولاه يوما من الدهر فإنه يرثه وإن جنى جناية عقل عن
نفسه ولا يعقل عنه مولاه هكذا ذكر في عامة الروايات وفي بعضها قال يرثه ويعقل عنه وإذا أقر الرجل بالولاء لآخر وصدقه يصير مولى له
يعقل عنه ويرثه فإن كان له أولاد كبار فكذبوا الأب فيما أقر وقالوا أبونا مولى لفلان آخر وصدقهم فلان في ذلك فهم مصدقون في
حق أنفسهم وإن قال أعتقني فلان أو فلان وكل منهما يدعي أنه المعتق لا يلزم العبد شيء وإن أقر بعد ذلك لأحدهما بعينه أو لغيرهما
يجوز إقراره على قولهما وعلى قول الإمام لا يجوز وإذا أقر الرجل أنه مولى امرأة أعتقته فقالت المرأة لم أعتقك لكن أسلمت على
يدي وواليتني فهو مولاها فإذا أراد التحول عنها إلى غيرها ففي قياس قول الإمام ليس له ذلك وفي قولهما له ذلك أقر أن فلانا أعتقه
وأنكر فلان وقال ما أعتقتك ولا أعرفك فأقر المقر لإنسان آخر لا يصح إقراره عند الإمام وعندهما يصح وفي المحيط ولا يجوز بيع
ولاء الموالاة ولا ولاء العتق لأنه ليس بمال قال رحمه الله ﴿وهو آخر ذوي الأرحام﴾ إذا لم يكن له وارث غير ذوي الأرحام فإرثه له
وفي المحيط ولو ادعى رجل ولاء الموالاة وأقام البينة وادعى آخر مثل ذلك وأقام البينة فالمتأخر أولى لأنه يحتمل الفسخ بخلاف ولاء
العتاقة اهـ قال رحمه الله ﴿وله أن يتحول عنه إلى غيره بمحضر من الآخر ما لم يعقل عنه﴾ لأن العقد غير لازم كالوصية والوكالة
ولكل واحد منهما أن يفسخه بعلم الآخر فإن كان الآخر غائبا لا يملك فسخه وإن كان غير لازم لأن العقد تم بهما كما في الشركة
والمضاربة والوكالة ولا يعرى عن ضرر لأنه ربما يموت الأسفل ويأخذ الأعلى ميراثه فيكون مضمونا عليه أو يعقل الأسفل عبيدا
على حسبان أن عقل عبيده على المولى الأعلى فيجب عليه وحده فيتضرر بذلك فلم يصح الفسخ إلا بمحضر من الآخر بخلاف
ما إذا عقد الأسفل الموالاة مع غيره بغير محضر من الأول حيث يصح وينفسخ العقد الأول لأنه فسخ حكمي ولا يشترط فيه العلم كما في
الوكالة والمضاربة والشركة لأن الموالاة كالنسب إذا ثبت من شخص ينافي كونه مع غيره فينفسخ ضرورة والمرأة في هذا كالرجل
وقوله ما لم يعقل عنه لأنه إذا عقل عنه ليس له أن يتحول إلى غيره لتأكده بتعلق حق الغير به لحصول المقصود به ولاتصال القضاء به
ولأن ولاية التحول قبل أن يعقل عنه باعتبار أنه عقد تبرع فإذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده بعد ما تحمل
الجناية عن أبيه وكذا إن عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول إلى غيره لأنهما كشخص واحد في حكم الولاء قال
رحمه الله ﴿وليس للمعتق أن يوالي أحدا﴾ لأن ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض بعد ثبوته فلا ينفسخ ولا ينعقد معه لأنه لا ينقل
لأن الإرث بولاء العتاقة مقدم على الإرث بولاء الموالاة ألا ترى أن شخصا لو مات وترك مولى عتقه ومولى موالاته كان المال للمعتق
قال في المبسوط ولو مات الأعلى ثم مات الأسفل فإنما يرثه الذكور من أولاد الأعلى دون الإناث على نحو ما يأتي في ولاء العتاقة قال
رحمه الله ﴿ولو والت امرأة فولدت تبعها فيه﴾ يعني ولدت ولدا لا يعرف له أب وكذا لو أقرت أنها مولاة فلان ومعها ولد صغير
لا يعرف له أب صح إقرارها على نفسها ويتبعها ولدها فيه وهذا عند الإمام وقالا لا يتبعها ولدها فيه في الصورتين وقد تقدم بيان ذلك
﴿فروع﴾ عبد لحربي خرج مستأمنا في تجارة لمولاه فأسلم يبيعه الإمام ويمسك ثمنه على مولاه وكذا لو أسلم العبد في دار الحرب

وخرج من الولاء لانه لم يعتق عليه المخرج بإذن المولى وان خرج من أعمامه وخرج ويوالي من شاء الا اذا عقل عنه بيت المال أم والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الاكراه ﴾

أورد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لان في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى حله بالارث وكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة الى حلها كذا في عامة المواضع والكلام فيه في مواضع الاول في معناه لغة والثاني عند الفقهاء والثالث في ركنه والرابع في دليله والخامس في شرطه والسادس في حكمه وهو في اللغة عبارة عن حمل انسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلانا اكراها أي حملته على أمر يكرهه وهو عند الفقهاء ما سيأتي وركنه اللفظ الذي يفيده ودليله من الكتاب قوله تعالى الا من أكره الآية ومن السنة ما روي أن صفوان الطائي كان نائما مع امرأته وأخذت المرأة سكينا وجلست على صدره وقالت لأذبحنك أو تطلقني فناشدها بالله فأبت فطلقها ثلاثا فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال لا اقالة في الطلاق وشرطه سيأتي في الكتاب وحكمه اذا حصل به اتلاف أن ينتقل الى المكره فيما لا يصلح أن يكون آلة للمكره ويجعل كأنه فعله بنفسه كما سيجيء والاكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ فالملجئ هو الكامل بما يخاف على نفسه أو عضوه فانه يعدم الرضا ويوجب الالجاء ويفسد الاختيار وغير الملجئ هو القاصر وهو أن يكره بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالاكراه بالضرب الشديد أو القيد أو الحبس فانه يعدم الرضا ولا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار وهذا النوع من الاكراه لا يؤثر الا في تصرف يحتاج فيه الى الرضا كالبيع والاجارة والاقرار والاول يؤثر في الكل فيضاف فعله الى المكره فيصير كأنه فعله والمكره آلة له فيكون فعله بنفسه من غير اكراه أحد وذلك مثل الاقوال والاكل لان الانسان لا يأكل بفم غيره ولا يتكلم بلسان غيره فلا يضاف الى غير المتكلم والاكل اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه من حيث انه اتلاف لصلاحيته آلة له فيه حتى اذا أكره على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره ويكون الولاء له ويضاف الى المكره من حيث الاتلاف فيرجع اليه بقيمته ثم اعلم أن الاكراه لا ينافي أهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب والدليل عليه أن أفعاله مترددة بين فرض وحظر واباحة ورخصة ويأثم تارة ويؤجر أخرى فيحرم عليه قتل النفس وقطع الطرق والزنا ويفترض عليه أن يمتنع من ذلك ويثاب عليه ان امتنع ويباح له بالاكراه أكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له باجراء كلمة الكفر واتلاف مال الغير وافساد الصوم والجناية على الاحرام وهذا دليل على أنه مخاطب قال رحمه الله ﴿هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا﴾ زاد في المبسوط أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الاهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب وذكر في الايضاح أن الاكراه فعل يوجد من المكره يحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي أنه عبارة عن تهديد غيره على ما هدده بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا وقوله فيزول به الرضا أعم من كونه مع فساد اختياره أو مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه ثم ان الشائع في عامة الكتب من الاصول والفروع هو أن الاكراه نوعان وذكر فخر الاسلام البزدوي فقال الاكراه ثلاثة أنواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ وهو نوع آخر لا يعدم الرضا وهو ان يهدد بحبس أبيه أو ابنه وولده وهذا النوع الثالث أخرجه المؤلف وذكر شيخ الاسلام في المبسوط أن القسم الثالث غير داخل في هذا المعنى شرعا لعدم ترتب أحكام الاكراه عليه شرعا وذكر غيره أن القسم الثالث داخل في معنى الاكراه لغة وأطلق في الانسان فشمل الصبي والمجنون والمعتوه كذا في قاضيخان وقال فيه أيضا ولو أكره الصبي أو المجنون أو المعتوه رجلا على قتل آخر فقتله فالدية على عاقلة الصبي والمجنون والمعتوه في ثلاث سنين قال رحمه الله ﴿وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان أو لصا وخوف المكره وقوع ما هدد به﴾ يعني شرط الاكراه الذي هو فعل كما تقدم لان الاكراه اسم لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء الاهلية ولا يتحقق ذلك الا من القادر وعند خوف المكره لانه يصير به ملجأ وبدون ذلك لا يصير ملجأ وما روي عن الامام أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان فذلك محمول على ما شاهد في زمانه من أن القدرة والمنعة منحصرة في السلطان وفي زمانهما كان لكل مفسد له قوة ومنعة لفساد الزمان فأفتيا على ما شاهدا وبه يفتى لانه ليس فيه اختلاف يظهر في حق الحجة

وفي المحيط وصفة المكره هو أن يغلب على ظنه أنه يوقع ذلك به لو لم يفعل ولو شك أنه لا يفعل ما توعده به لم يكن مكرها لأن غلبة الظن معتبرة عند فقد الأدلة اهـ لا يقال الشرطية تنافي كون ذلك وصفا لأنا نقول لا منافاة لأن الشرطية باعتبار الحاصل من الفاعل والوصف باعتبار الفاعل وفي الخانية إذا غاب المكره عن بصر المكره يزول الإكراه وبعث الأمير من السلطان من غير تهديد إكراه وعندهما إن كان المأمور يعلم أنه لو لم يفعل ما أمر به يفعل فيه كذا كان إكراها وفي العتابية وإذا أخذه واحد في الطريق لا يقدر فيه على غوث يكون إكراها اهـ قال رحمه الله ﴿ولو أكره على بيع أو شراء أو إقرار أو إجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خير بين أن يمضي البيع أو يفسخ﴾ ولما كان الإكراه تارة يقع في حقوق العباد وأخرى في حقوق الله تعالى وحق العبد مقدم لحاجة العبد إليه قدمه ولما كان الإكراه على نوعين ملجئ وغير ملجئ وكل منهما يفسد الرضى الذي هو شرط الصحة لهذه العقود فكذا ذكر القتل والضرب ولما كان لا فرق بين أن يكره على بيع هذا أو بيع ولم يعين جاء بالعبارة منكرة قيد بضرب شديد وحبس مديد لأنه لو قال أضربك سوطا أو سوطين أو أحبسك يوما أو يومين فإنه لا يكون إكراها قال في المحيط إلا إذا قال له لأضربنك على رأسك أو عينك أو مذاكيرك فإنه يكون إكراها لأن مثل هذا إذا حصل في هذه الأعضاء قد يفضي إلى التلف وفي المحيط قال مشايخنا إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يتضرر بضرب سوط أو حبس يوم فإنه يكون إكراها وقد يكون فيه ما يكون في الحبس من الإكراه لما يجيء به من الاغتمام البين ومن الضرب ما يجد به الألم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس فمنهم لا يتضرر إلا بضرب شديد وحبس مديد ومنهم من يتضرر بأدنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضرب سوط أو بعرك أذنه لا سيما في ملأ من الناس أو بحضرة السلطان وفي الخانية ولو أكره على بيع جارية ولم يعين فباع من إنسان كان فاسدا والإكراه بحبس الوالدين والأولاد لا يعد إكراها لأنه ليس بإكراه ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه وفي المحيط ولو أكره بحبس ابنه أو عبده على أن يبيع عبده أو يهبه ففعل فهو إكراه استحسانا وكذا في الإقرار ووجهه أن الإنسان يتضرر بحبس ابنه أو عبده ألا ترى أنه لا يؤثر حبس نفسه على حبس ولده فإن قلت هذا في الأول فلما لا فرق بين الوالدين والولد في وجه الاستحسان وهو المعتمد كما لا فرق بينهما في وجه القياس وقوله خير بين أن يمضي أو يفسخ تقديره وإذا زال الإكراه إلى آخره دفعا للضرر عن نفسه قال رحمه الله ﴿ويثبت به الملك عند القبض للفساد﴾ يعني يثبت بالشراء الملك للمشتري لكونه كسائر البياعات الفاسدة وظاهر عبارة المصنف فساد البيع مطلقا والذي يظهر أن البيع إنما يكون فاسدا إذا قال المكره تلفظت بالبيع طبق ما أراده فإذا قال أردت الإخبار به كاذبا أو قال أردت إنشاء البيع فهو بيع صحيح لا خيار فيه ولا فساد أخذا من التفصيل في حالة العتق. وقال زفر لا يثبت به الملك لأنه موقوف ولنا أن ركن البيع وهو الإيجاب والقبول صدر من أهله مضافا إلى محله فيكون مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفا لا يحتمل النقض كالإعتاق والتدبير جاز تصرفه وإنما لا ينفسخ بالإجازة لأن المفسد يرتفع بها وهو عدم الرضا فصار كسائر البياعات لفساده وفي المحيط لو أكره على البيع بألف فباع بخمسمائة لم يجز وإن باع بأكثر من الألف جاز لأن في الأول خالف مقصود المكره لأن مقصود المكره إلحاق الضرر بالمكره والبيع بخمسمائة أضر به من البيع بألف فكان الإكراه على البيع بألف إكراها له على الأقل وفي الثاني خالف إلى غير رأي المكره لأنه اكتسب نفعا لنفسه ولو باع بدنانير قيمتها ألف لم يجز لأن الدراهم والدنانير جعلا كجنس واحد في التجارات غرضا ومقصودا ولو باعه بعرض أو مكيل أو موزون بأقل من قيمته جاز لأنه غير جنس ما أكره عليه أو أكره على بيع جائز فباع فاسدا لم يجز فإذا ذلك إن شاء ضمن المشتري أو المكره وعلى عكسه يكون رضا بالبيع والفرق أن المكره على البيع الفاسد متى باع جائزا فقد أتى بغير ما أكره عليه لأن الجائز ضد الفاسد ويفيد من الأحكام ما لا يفيده الفاسد والمكره على البيع الجائز متى باع فاسدا فقد أتى بما هو أنقص لأن الفاسد أنقص من الجائز ولو أكره على البيع فوهب جاز لأنه غير جنس ما أكره عليه اهـ قال رحمه الله تعالى ﴿وقبض الثمن طوعا إجازة كالتسليم طائعا﴾ لأنهما دليل الرضا وهو الشرط بخلاف ما إذا أكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون إجازة ولو سلم طائعا لأن مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد والاستحقاق في البيع يتعلق بنفس العقد فلا يكون الإكراه به إكراها على التسليم فيكون التسليم أو القبض عن اختيار دليل الإجازة وفي الهبة يجب الاستحقاق بالقبض لا بمجرد الهبة فيكون الإكراه بها إكراها بالتسليم نظرا إلى مقصود المكره ويعتبر ذلك في أصل الوضع لأن البيع وضع لإفادة الملك في الأصل

وإن كان في الإكراه لا يفيد الملك لكونه فاسداً والهبة لا تفيد الملك قبل القبض بأصل الوضع وتفيده بعدها سواء كانت صحيحة أو فاسدة
فيعتبر الإكراه في كل واحد منهما إلى ما يستحقه من أصل وضعه وإن قبض مكرهاً فليس ذلك بإجازة وعليه رد الثمن إذا كان قائماً
في يده لفساد العقد وإن كان هالكاً لا يأخذ منه شيئاً لأن الثمن كان أمانة في يد المكره لأنه أخذه بإذن المشتري لا على سبيل التمليك ولا
يجب الضمان وفي المحيط ومن هو مكره من المتعاقدين أو مشروط له شرط فاسد فله أن ينقض العقد من غير رضا صاحبه ومن ليس بمكره
ولا مشروط له شرط فاسد فليس له نقضه إلا بالقضاء أو الرضا حتى لو أجاز الآخر العقد ينتقض بنقض الماضي بعده وإن لزم وإن كان كلاهما مكرهاً أو
مشروطاً له شرطاً فاسداً فلكل واحد منهما نقضه من غير قضاء ولا رضا لأنه قبل القبض لا يفيد شيئاً ولو باع المشتري المكره من آخر
وباعه الثاني من آخر حتى تداولته الأيدي فله أن يفسخ العقود كلها وأي عقد أجاز جازت العقود كلها إلا أنه إذا أجاز بعض العقود عند زوال
الإكراه وصار طائعاً أو صار مختاراً العقد الأول جازت العقود ويأخذ هو الثمن من المشتري الأول ولو لم يجز لكن ضمن فإن ضمن الأول
نفذ الكل بتضمينه وإن ضمن غيره جازت البياعات التي بعده وبطل ما قبله والفرق بين الإجازة والتضمين أن البيع كان موجوداً
والمانع من النفوذ حقه وقد زال بالإجازة وأما إذا ضمن لم يكن مسقطاً حقه بخلاف ما إذا أجاز أحد بيوع الفضولي حيث لا يجوز إلا
الذي أجازه المالك ولا يجوز ما قبله وما بعده لأن كل واحد منهم باع ملك غيره ولا ينفذ الملك وعند الإجازة يملكه من أجيز شراؤه وتبطل
البقية فإن أعتق المشتري الثاني فللمكره أن يضمن أي الثلاث شاء لأن كل واحد منهم أحدث سبب الضمان بإزالة يده عن ملكه
والمشتريان قبض كل واحد منهما إياه لنفسه وفي الخانية لو أعتق المشتري الآخر قبل إجازة البيع جاز العتق على الذي أعتقه فإن أجاز
البائع البيع الأول بعد ذلك لا تصح إجازته وفي الخانية لو أعتق المشتري الأخير أو كان له الخيار إن شاء ضمن المشتري الأول وإن شاء
ضمن غيره فإن ضمن المشتري الأول جازت البياعات كلها وإن ضمن غيرها جاز كل بيع بعده وبطل كل بيع كان قبله اهـ وفي قاضيخان
ولو كان البائع مكرهاً والمشتري غير مكره وقال المشتري بعد القبض نقضت البيع لا يصح ولو قال قبل القبض صح نقضه ولو كان المشتري
مكرهاً والبائع غير مكره فلكل واحد منهما النقض قبل القبض وبعد القبض يكون للمشتري دون البائع قال رحمه الله ﴿وإن هلك
المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع﴾ لأنه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضموناً عليه بالقيمة وقيد
بقوله والمشتري غير مكره قال قاضيخان ولو كان المشتري مكرهاً دون البائع وهلك المشترى عنده من غير تعد منه يهلك أمانة
اهـ ولو قال ضمن بدله كان أولى لأنه يشمل المثلي والقيمي قال رحمه الله ﴿وللمكره أن يضمن المكره﴾ لأنه آلة له فيما يرجع
إلى الإتلاف وإن لم يكن له آلة في حق التكلم لعدم الصلاحية لأن التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كأنه دفع مال البائع إلى المشتري
فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فإن ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة لأنه بأداء الضمان ملكه وقام
مقام المالك المكره فيكون مالكاً له من وقت وجود السبب بالاستناد ولو ضمن المشتري ثبت ملك المشتري فيه ولا يرجع على
المكره لأنه ملكه بالشراء والقبض غير أنه توقف نفوذه على سقوط حق المكره من الفسخ فإذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كسائر
البياعات الفاسدة قال رحمه الله ﴿وعلى أكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل وحل بقتل وقطع﴾
يعني لو أكره على هذه الأشياء بما لا يخاف على نفسه أو عضوه كالضرب لا يسعه أن يتقدم عليه وبما يخاف يسعه ذلك لأن حرمة
هذه الأشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقاة على أصل الحل لقوله تعالى إلا ما اضطررتم إليه فاستثنى حالة الاضطرار
لأنه فيها مباح والاضطرار يحصل بالإكراه الملجئ وهو أن يخاف على نفسه أو عضوه ولا يحصل ذلك بالضرب بالسوط ولا بالحبس
حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح له ذلك أقول في قوله يباح له ذلك إشكال قوي فإن المباح ما استوى طرفاه فعله وتركه كما
تقرر في علم الأصول وهنا يكون فيه إذا خيف على النفس أو على عضو كان طرف الفعل راجحاً بل فرضاً كما صرح به في الأصول من
كون ذلك فرضاً فتأمل ولو قال بغير ما يخاف منه على تلف عضو أو نفسه لم يفترض وإلا افترض إلى آخره لكان أولى وقدره بعضهم
بأدنى الحد وهو أربعون سوطاً فإن هدد به وسعه أن يقدم وإن هدد بدونه لا يسعه لأن ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير قلنا
لا وجه للتقدير بالرأي وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يحتمل الضرب الشديد ومنهم من يموت بأدنى منه فلا طريق سوى الرجوع إلى
رأي المبتلى فإن غلب على ظنه أن تلف النفس أو العضو يحصل به وسعه وإلا فلا وإذا قلنا لا يسعه شرب الخمر هل يحد أم لا قال في المحيط
وإذا شرب الخمر لا يحد لأن بإعطاء الإكراه إن لم تثبت حقيقة إباحة الشرب حالة الضرورة وباجتماعها ثبتت شبهة الإباحة والشبهة كافية لدرء

الحدود

الحدود اهـ وفي المبسوط الإكراه على المعاصي أنواع نوع يرخص له فعله ويثاب على تركه وقسم حرام فعله ويأثم على إتيانه وقسم يباح
فعله ويأثم على تركه الأول الإكراه على إجراء كلمة الكفر وشتم محمد صلى الله عليه وسلم أو على ترك الصلاة أو كل ما ثبت بالكتاب الثاني
كما إذا أكره بالقتل على أن يقتل مسلما أو يقطع عضوه أو يضربه ضربا يخاف منه التلف أو يشتم مسلما أو يؤذيه أو على الزنا والثالث
لو أكره على الخمر وما ذكر معه قال رحمه الله (وأثم بصبره) يعني إذا أكره على ما تقدم بقتل وقطع ولم يفعل حتى قتله أو قطع عضوا منه أثم
لأن التناول في هذه الحالة مباح وإتلاف النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم إلا إذا لم يعلم الإباحة في هذه الحالة لا يأثم
لأنه موضع الخفاء وقد حصل فيه اختلاف العلماء فلا يأثم كالجهل بالخطاب في دار الحرب أو في أول الإسلام في حق من أسلم فيها
وعن أبي يوسف لا يأثم مطلقا لأنه رخصة إذ الحرمة قائمة ويكون أخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة فلا يكون الامتناع
عزيمة بل معصية قال في العناية فإن قيل إضافة الإثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح إنما يجوز
تركه والإتيان به إذا لم يترتب عليه محرم وههنا ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لأن
ما أفضى إلى الحرام حرام اهـ أقول والذي يظهر أن الإثم ليس على ترك المباح بل على ترك الفرض كما تقدم تقريره اهـ قال
في المحيط والأصل أن من ابتلي ببليتين يختار أهونهما وأيسرهما والمسائل على أربعة أوجه الأول لو أكره بقتل على أن يقطع يد
نفسه فهو في سعة من قطعها لأن القطع أهون من القتل لأن الظاهر أن القطع يقتصر ولا يسري ولهذا أباح القطع عند الإكراه
إذا خاف الهلاك على نفسه الثاني لو أكره على قتل نفسه لا يباح له الثالث لو أكره على إلقاء نفسه في النار أو في الماء أو من سطح
إن كان لا يرجو الخلاص والنجاة من ذلك يباح له والأولى وإن كان الإحراق بالنار أشد من السيف والرابع على إكراهه بالقتل
بالسياط على قتل نفسه بالسيف يباح له القتل بالسيف لأن القتل بالسياط أشد من القتل بالسيف قال رحمه الله ﴿وعلى الكفر
وإتلاف مال المسلم بقتل وقطع لا بغيرهما يرخص﴾ يعني لو أكره على كلمة الكفر وإتلاف مال إنسان بشيء يخاف على نفسه
أو على أعضائه كالقتل وقطع الأطراف يرخص له إجراء كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان ولحديث عمار بن ياسر حين
ابتلي به فإنه عليه الصلاة والسلام قال له كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالإيمان قال فإن عادوا فعد أي عد إلى الطمأنينة ولأن
بهذا الإظهار لا يفوت حقيقة الإيمان لأن التلفظ في هذه الحالة لا يدل على تبدل الاعتقاد لقيام التصديق به فرخص له إحياء
لنفسه وفي المحيط وغيره وهذه المسألة على ثلاثة أوجه أحدها أن يكون قلبه مطمئنا ولم يخطر على باله شيء سوى ما أكره عليه
والثاني أن يخطر بباله الخبر بالكفر عما مضى بالكذب فإن لم يكن كفر قط فيما مضى وقال أردت الخبر عما مضى كاذبا ولم أرد
كفرا مستقبلا فهذا يكفر قضاء ولا يكفر ديانة الثالث أن يقول لم يخطر ببالي الكفر في الماضي وأردت الكفر مستقبلا فهذا
يكفر قضاء وديانة اهـ وفي المحيط على هذا التفصيل أنه إذا أكره على أن يصلي للصليب أو يسجد وفي الظهيرية لو أكره على
أن يسجد للصليب فالمسألة على ثلاثة أوجه الأول إذا خطر بباله أن يصلي لله تعالى لا للصليب وفي هذا الوجه لا يكفر في القضاء
ولا فيما بينه وبين الله تعالى سواء كان مستقبل القبلة أو لم يكن مستقبلا الثاني أن يقول لم أصل لله تعالى وصليت للصليب وفي هذا
يكفر في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى الثالث أن يقول لم يخطر ببالي وصليت للصليب مكرها ففي هذا لا يكفر في القضاء ولا فيما
بينه وبين الله تعالى وفي الأصل لو أكره على شتم محمد صلى الله عليه وسلم فهو على ثلاثة أوجه الأول أن يقول لم يخطر ببالي شيء
وشتم محمدا مكرها وفي هذا لا يكفر قضاء ولا ديانة الثاني أن يقول خطر ببالي رجل من النصارى يقال له محمد فشتمته ولم أشتم
الرسول فهذا كالأول قال الكرخي أطلق محمد في العبارة وحيث لم يقل من المسلمين لأن شتم النصراني دون المسلم في الحرمة
الثالث أن يقول خطر ببالي رجل من النصارى فيه فتركته وسببت الرسول وفي هذا يكفر قضاء وديانة اهـ قال رحمه الله
﴿ويثاب بالصبر﴾ أي يكون مأجورا إن صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لأن خبيبا صبر حتى صلب وسماه النبي صلى الله عليه وسلم
سيد الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة ولأن الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فإذا بذل نفسه لإعزاز الدين كان شهيدا ولا يقال الكفر
مستثنى في حالة الإكراه فكيف يكون حراما في تلك الحالة لأنا نقول الاستثناء راجع إلى العذاب لأنه المذكور قبله دون الحرمة
بخلاف الخمر وأخواته فإن المذكور فيه الحرمة وتنتفي في تلك الحالة وههنا لا تنتفي على حالها ولكن لو ترخص جاز واعترض
عليه بأن إجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان من قوله من كفر بالله من بعد إيمانه فيدل

أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأحسبان في الآية تقديما وتأخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان فمنه تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الإكراه وأعاد مع عدم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة لأنه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة لجواز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهو الحرمة فلم تثبت إباحة إجراء كلمة الكفر كذا في النهاية وعزاه إلى المبسوط شيخ الإسلام اهـ قال رحمه الله ﴿وللمالك أن يضمن المكره﴾ لأنه هو المتلف له والمكره آلة له فيما يصلح آلة له قال رحمه الله ﴿وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص﴾ يعني لو أكره على قتل غيره بالقتل لا يرخص له القتل لإحياء نفسه لأن دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه سواء في ذلك فسقط المكره ولأن قتل المسلم بغير حق مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بالإكراه وهذا الإطلاق فيه وأطلق في قوله غيره فشمل الحر والعبد وعبده وعبد غيره وفي المحيط لو أكره بقتله أن يقتل عبده أو يقطع يده لم يسعه ذلك فإن قتل يأثم ويقتل المكره في القتل ويضمن نصف قيمته لأن دمه حرام بأصل الفطرة ولو أكره بقتل على أن يقتل أباه أو ابنه فقتله لم يحرمه عن الميراث ولو كان المكره أبا المقتول أو ابنه يحرم عن الميراث لأن المباشر للقتل هو المكره ولو أكره بقتل على أن يضرب رجلا بحديدة فضربه وهو غير مكره فمات قتلا جميعا لأن إحدى الضربتين بغير إكراه فصارت منقولة إليه والأخرى منقولة إلى المكره ولو كانت إحدى الضربتين بعصا عزم عاقلة كل واحد منهما نصف الدية في ثلاث سنين وإن كان الإكراه بحبس أو قيد فالضمان على الضارب قودا كان أو دية لأن الإكراه بالحبس لا يعتبر إكراها في حق هذه الأحكام وفيه أيضا ولو أكره بقتل على أن يأمر رجلا بقتل عبده فقتله عمدا يقتل القاتل لأن الإذن بالقتل لم يصح مع الإكراه ولأنه قول لا يؤثر فيه عدم الرضا فيكون التلف مضافا إلى القتل دون الإذن بخلاف المأمور بالعتق حيث لا يضمن لأن المأمور لا يملك الإعتاق إلا بالإذن فصار المعتق متلفا بسبب الإذن فيصير التلف محالا إلى الإذن ولو أكره المولى بحبس أو قتل فقتله يضمن قيمته استحسانا ويقتص القاتل قياسا وجه الاستحسان أن الإذن إذا فسد بالإكراه لفوات الرضا معتبر من وجه وفعل المأذون كفعل الآذن فأورث شبهة فلم يجب القصاص فأوجبنا الدية صونا لدمه عن الهدر ولو أكره المولى بقتل على بيع عبده وتسليمه والمشتري بالقتل على الشراء والقبض ثم أكره المشتري على قتله بقتل فللمولى أن يقتل المكره قياسا لأن المشتري مكره على القتل فصار فعله منقولا إلى المكره ويضمن قيمته استحسانا لأن العبد مملوك للمشتري وللبائع فيه حق الاسترداد فكان القصاص للبائع من وجه وللمشتري من وجه فكان المستحق للقصاص مجهولا فلا يكون لأحدهما حق استيفاء القصاص فأوجبنا القيمة على المكره في ماله للبائع لأن للبائع حق الاسترداد وقد أبطل المشتري هذا الحق عليه بالقتل بغير رضاه فلو أكره بحبس أو قيد على البيع والقبض والمشتري على الشراء بقتل ثم أكره المشتري على قتله بقتل فعليه ضمن قيمته لمولاه ثم يقتل المكره بالعبد قصاصا لأن المشتري طائع في القبض مكره في الشراء فملك المشتري العبد بعقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة وقتله صار منقولا إلى المكره فقتل عبدا عمدا فيجب القصاص ولو أكره المشتري على الشراء بحبس والبائع بقتل ثم أكره المشتري على القتل بقتل فقتله فالولي بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمة عبده وإن شاء ضمن المشتري لأنه طائع في القبض وقد قتله المكره بقتل المشتري فيجب القصاص اهـ قوله بالقتل يشمل ما إذا صرح بذلك بأن قال إن لم تقتل قتلتك أو دل الحال عليه بأن غلب على ظنه قتله ولم يصرح له بذلك لما في جامع الفتاوى لو قال له اقتل فلانا أو غلب على ظنه القتل فقتله هو إكراه فإذا قتله يقتص من المكره قال رحمه الله ﴿وإن قتله أثم﴾ لأن الحرمة باقية لما ذكرنا وأثم بمباشرته لأن الإثم يكون بجنايته والمكره لا يصلح أن يكون آلة له في حقه وكذا لو أكره على الزنا لا يرخص له لأن فيه قتل النفس بالضياع لأنه يجيء منه ولد ليس له أب ولأن فيه إفساد الفراش بخلاف جانب المرأة حيث يرخص لها بالإكراه الملجئ لأن نسب الولد لا ينقطع فلم يكن في معنى القتل في جانبها بخلاف الرجل ولهذا أوجب الإكراه القاصر درء الحد في حقها دون الرجل قال رحمه الله ﴿ويقتص من المكره فقط﴾ وهذا قول الإمام ومحمد وقال زفر يجب القصاص على المكره دون المكره لأن القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لأنه المباشر ولهذا يتعلق الإثم به ولأن القتل فعل حسي وهو لا يجري فيه الإسناد لغير الفاعل وقال الشافعي يجب القصاص عليهما وقال أبو يوسف لا يجب القصاص على واحد منهما وطعما أنه مجبول على القتل

لطمعه إيثار الحياة نفسه فيصير آلة لنفسه للمكره فيما يصلح أن يكون آلة له وهو الإتلاف فيقتص منه بخلاف الإثم لأنه باعتبار الجناية على دينه وهو لا يصلح أن يكون آلة له فيه فيأثم المكره قال في النهاية سواء كان الآمر بالغا عاقلا أو معتوها أو مجنونا أو صبيا فالقود عليه وعزاه إلى المبسوط ونسبه شيخ الإسلام علاء الدين عبد العزيز إلى السهو ونقل عن أبي اليسر في مبسوطه لو كان الآمر صبيا أو مجنونا لم يجب القصاص لأن الفاعل في الحقيقة هو الصبي والمجنون وهو ليس بأهل للعقوبة كذا في الأكمل وفي المحيط لو أكره على أن يقتل رجلا أو يكفر بالله تعالى وسعه الكفر دون القتل لأن الكفر يرخص في حالة الاضطرار دون القتل فإنه لا يرخص بحال ولو قتل ولم يكفر المكره دون القتل قياسا لأنه قتل بما اختار طائعا ويضمن الدية استحسانا في ماله في ثلاث سنين إن لم يكن عالما أن الكفر يسعه يقتل به وقيل لا يقتل به لأن الدليل المورث للشبهة قائم وهو حرمة الكفر ولو أكره على أن يقتل أو يأكل الميتة أو يشرب الخمر وقيل يقتل القاتل دون المكره لأن أكل الميتة وشرب الخمر يرخص حالة الاضطرار قال رحمه الله ﴿وعلى اعتاق وطلاق ففعل وقع﴾ يعني لو أكره على إعتاق وطلاق فأعتق وطلق وقع العتق والطلاق لأن الإكراه لا ينافي الأهلية على ما بينا وعدم صحة بعض الأحكام كالبيع والإجارة والإقرار بمعنى راجع إلى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا ومع الإكراه لا يوجد الرضا وأما العتق والطلاق ولا يشترط فيهما الرضا فيقع ألا ترى أن العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع وأخواته وفي المبسوط وكل تصرف يصح مع الهزل كالطلاق والعتاق والنكاح يصح مع الإكراه ولو أكره الرجل على الإكراه يصح فإن كان المسمى مثل مهر المثل أو أقل جاز ولا يرجع على المكره بشيء لأنه عوضه مثل ما أخرج عنه وإن كان المسمى أكثر من مهر المثل فالزيادة باطلة ويجب مقدار مهر المثل لانعدام الرضا في الزيادة بالإكراه وإن أكره المرأة على النكاح ولا شيء على المكره لأنه أتلف عليه منفعة البضع ولا ضمان على متلف المنفعة ولأنه عوض المهر ولا يعد إتلافا فإن كان الزوج كفؤا والمهر مهر المثل جاز وإن كان أقل فالزوج بالخيار إن شاء أتم لها مهر مثلها وإن شاء فارقها إن لم يدخل بها ولا شيء عليه وإن دخل بها وهي مكرهة فلها مهر مثلها وإن دخل بها وهي طائعة فهو رضا بالمسمى إلا أن يكون للولي حق تكميل مهر مثلها عند الإمام خلافا لهما وإن فارقها قبل الدخول لا مهر لها لأن الفرقة جاءت من قبلها وقيد بقوله على إعتاق لأنه لو أكره على العتق من غير إعتاق كما لو أكره على شراء ذي رحم محرم منه فاشترى يعتق عليه كما سيأتي فإنه لا يرجع بشيء وكذا لو أكره على شراء من حلف بعتقه وكذا لو أكره على شراء أمة ولدت منه بالنكاح فاشترى فعتقت عليه بشيء لأنه عتق من غير إعتاق قال رحمه الله تعالى ﴿ورجع بقيمته﴾ يعني رجع المكره على المكره بقيمة العبد لأن الإتلاف منسوب إليه والمكره آلة له فيه فيرجع بقيمة العبد عليه موسرا كان أو معسرا لأن ضمان الإتلاف لا يختلف باليسار والإعسار بخلاف ضمان الإعتاق على ما تقدم ولا سعاية على العبد لأن السعاية إنما تجب عليه للخروج للحرية كما في معتق البعض أو لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو معسر أو عتق المريض عبده وعليه دين ولم يخرج من الثلث ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لأنه ضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره وأطلق المؤلف في الرجوع وهو مقيد بما إذا قال أردت بقولي عتقا مستقبلا كما طلب مني أو قال لم يخطر ببالي سوى الإتيان بما طلبه أما لو قال خطر ببالي الإخبار فأخبرته بما مضى كاذبا وأردت ذلك لا إنشاء الحرية عتق العبد قضاء لا ديانة ولا يضمن المكره المكره شيئا لأنه عدل عما أكره عليه فكان طائعا في الإقرار ولا يصدق في دعواه الإخبار كاذبا فإن قيل ينبغي أن لا يضمن المكره لأنه أتلف بعوض وهو الولاء والإتلاف بعوض كالإتلاف وأجيب بأن الولاء سببه العتق على ملك المولى فكيف يكون المكره معوضا ولكن لا يكون عوضا إلا إذا كان العوض مالا كما إذا أكره على أكل طعام الغير فأكله فلا ضمان على المكره إذ عوضه ما هو في حق حكم المال كما في منافع البضع والولاء ليس بمال لأنه بمنزلة النسب ألا ترى أن شاهدي الولاء إذا رجعا لا يضمنان ورد هذا بما إذا أكره المولى على شراء ذي محرم رحم منه فعتق عليه فإن المكره لا يرجع هنالك بقيمة العبد على المكره لأنه حصل له عوض وهو صلة الرحم كذا في البدائع ولا يخفى أن الرحم صلة ليست بمال كالولاء أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنه لم يقل به أحد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول وفي المحيط ولو أكره على أن يعتق على أقل من قيمته على مائة وقيمته ألف والعبد غير مكره يقع بتمام قيمته ثم إن شاء ضمن المكره قيمته ثم رجع هو على العبد بمائة السعاية لأنه بأداء الضمان قام مقام المولى وإن شاء المولى ضمن المكره تسعمائة ثم يرجع بتسعمائة وأخذ من العبد مائة لأن السيد طائع في التزام المال والمكره يتلف عليه تسعمائة بغير

عوض فاخذ قيمته ولو اكره على ان يعتق عبده على ألف الى سنة وقيمته الفان ففعل فان شاء ضمن المكره قيمته حالا وهي
الف ويرجع المكره على العبد بالفين الى سنة ويتصدق بالفضل وان شاء اتبع العبد كما له ان يأخذ الى سنة ولو اكره عبده على
قبول العتق على مال لم يلزمه شيء ويضمن المكره لما ساعده من رجلين أكره احدهما على عتقه فاعتقه جاز والولاء كله للمعتق
بعدهما فان كان المكره موسرا ضمن قيمته بينهما وان كان معسرا ضمن نصف قيمته للمكره ويسعى العبد للآخر في نصف
قيمته لان المكره في حق المكره متلف وفي حق الساكت مزيل العتق وعند الامام يعتق نصيب المكره ولا ضمان على
المكره للساكت وان كان موسرا فان اختار الساكت تضمين شريكه فالولاء كله وان اختار الاستسعاء أو الاعتاق فالولاء بين
الشريكين ولو قتل عبد رجل رجلا خطأ فاكره على عتقه وهو عالم بالجناية ضمن المكره قيمته ولا يأخذها المولى فيدفعها الى أولياء الجناية
لانه مضطر في هذا الاعتاق فكان لا اكراه حتى لو فعل ضمن المولى الجناية دون الدية ولا يضمن المكره شيئا لان هذا الاكراه
لا يعد اكراها في حق اتلاف المال ويعد اكراها في حق الزام المال ولو اكره على أن يعتق عبده عن رجل بالف درهم وقيمته
الف فاعتق وقبل المعتق عنه فان شاء ضمن المكره وان شاء ضمن المعتق عنه ولو ضمن الاول رجع على المعتق عنه والولاء
للمعتق وقيل ينكر بناء على ان هذا بيع العبد عن المعتق عنه لانه في البيع بيع المكره فيبطل التسليم لا يفيد الملك وأجاب بان
الاكراه ورد على البيع في ضمن طلب الاعتاق ولو ورد على البيع اصالة ضمنه ... والاكراه لا يؤثر فيما يتضمن
ضمنا وتبعا ويغتفر في الضمني ما لا يغتفر في القصدي ولو اكره بحبس السمنة على المعتق عنه دون المكره ولو اكره المعتق
بالقتل وانه ... بالحبس فيضمن ... مكره ولو كان الاكراه على عكس هذا ضمن المكره قيمته للمولى ولم يضمن المعتق
عنه شيئا والولاء للمعتق عنه لان الاكراه بوعيد تلف يصير الفاعل هو المكره والاعتاق وان جاء في ملك المعتق فقد أتلف المكره
بالاعتاق عليه حق الاسترداد بغير رضاه ولو اكره على ان يدبر عبده عن ألف فدبره فالمولى بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمته قنا
ورجع المكره على قابل التدبير بقيمته مدبرا وان شاء ضمن القابل قيمته مدبرا ورجع على المكره بنقصان التدبير ولا يرجع
المكره به على القابل ولو اكره على الاعتاق بحبس أو قيد لم يضمن المكره شيئا ويضمن القابل قيمته فلان هذا الاكراه غير
معتبر في حق اتلاف المال ولو اكره المولى بالقتل والقابل بالحبس ضمن القابل قيمته قنا ولا يرجع على المكره بشيء فان ضمن
المكره رجع به على القابل وان وهب المولى من المكره قيمته وأبرأه منها كان للمكره ان يرجع على القابل بقيمته ولو اكره المولى
بحبس والقابل بوعيد تلف فللمولى ان يضمن المكره ما نقص التدبير ويضمن القابل قيمته مدبرا لما عرف ولو اكره بقتل على
أن يقبل من رجل عتق عبده على ألف وقيمته خمسمائة ورب العبد طائع فقبل كان الولاء للقابل ولا ضمان عليه ولا على المكره لان
قبول العتق عنه بالف يتضمن شراء وقبضا واعتاقا والمشتري مكره في جميع ذلك والمكره لا يضمن شيئا للمولى ولو اكره على أن
يعتق نصف عبده فاعتق كله لم يضمن عند الامام وعندهما يضمن لان عنده العتق يتجزى وعندهما لا يتجزى فالاكراه
على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو اكره على أن يعتق كله فاعتق نصفه يضمن عندهما وعند الامام يسعى في نصف
قيمته ويضمن المكره نصف قيمته اه مختصرا من شامل هذا مع ما سيأتي في البيع اذا اكره على بيع الكل فباع النصف كان مكرها
حتى ... ان بيع النصف أشد ضررا من بيع الكل واعتاق الكل أشد ضررا من عتق النصف وبطل الفرق فليتأمل (قوله
ورجع بنصف المهر ان لم يطأ) يعني لو اكره على ان يطلق امرأته قبل الدخول ضمن المكره نصف المهر لان ما عليه كان على
شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد أكده ذلك الطلاق فكان تقريرا للمال
فضاف تقريره الى المكره وكان متلفا له فيرجع به عليه أطلق في الرجوع وهو مقيد بما اذا لم يرد به الانشاء في الحال كالطلق
... أو قال أردت الاخبار عن ... أما اذا قال أردت الاخبار كاذبا فيقع قضاء لا ديانة ولا يضمن المكره شيئا لانه عدل عما أكره
عليه فكان طائعا في ذلك ولا يصدق قضاء ولا يضمن المكره لانه خالفه هذا اذا كان المهر مسمى وان لم يكن مسمى فيه
فيرجع عليه بما لزمه من المتعة ولو اكره على انه يعتق عبده أو يطلق امرأته ففعل رجع بالاقل من قيمة العبد ومن نصف المهر
لان الضرر كان يندفع بالاقل ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره شيء لانه لم يتلف عليه شيئا ولو اكره على التوكيل
بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل وقع استحسانا والقياس ان لا يصح التوكيل لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع

وامثاله

وأمثاله وجه الاستحسان أن الإكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده وكذا التوكيل ينعقد مع الإكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة لأنها من الإسقاطات ويرجع الموكل على المكره بما أتلف عليه ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه ولو أكره على النذر صح ولزم لأنه لا يحتمل الفسخ ولا يعمل فيه الإكراه ولا يرجع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لأنهما لا يحتملان الفسخ وسواء كان اليمين على الطاعة وعلى المعصية وكذا الرجعة والإيلاء والفيء فيه باللسان لأن الرجعة استدامة النكاح فألحقت بالنكاح والإيلاء يمين فألحق باليمين ولو بانت بمضي أربعة أشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له أن يرجع به على المكره لأنه كان متمكنا من الفيء في المدة وكذا الخلع لأنه طلاق ولو أكره على أن يجعل كل مملوك يملكه حرا في المستقبل ففعل ثم ملك مملوكا عتق عليه ولا ضمان على المكره لأن العتق حصل باعتبار صنع من جهته وإن أكره على أن يعلق عتق عبده بفعل لا بد له منه بأن يقول إن صليت فعبدي حر أو أكلت أو شربت ثم فعل المكره هذه الأشياء عتق العبد وغرم المكره قيمته لأنه لا بد له من هذه الأفعال وكان ملجأ ولو أكره على أن يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذي أكرهه لأنه أمره بالخروج عن حق لزمه ولو أكره على عتق عبده عن كفارة ففعل عتق وعلى المكره قيمته لأنه لم يجب عليه أن يعتق عبدا معينا عن كفارة معينة فهو بالإكراه متعد عليه ولا يجزيه عن الكفارة لأنه في معنى العتق بعوض ولو قال أنا أبرئه عن القيمة حتى يجزي عن الكفارة لم يجز ذلك لأن العتق وقع غير مجزئ عن الكفارة والموجود بعد ذلك إبراء عن الدين وهو لا يتأدى به الكفارة ولو قال أعتقته حين أكرهني وأنا أريد به عن الكفارة لو أعتقه بلا إكراه أجزأه عن الكفارة وليس له أن يرجع بقيمة العبد على المكره ولو أكره على الزنا فزنى يجب عليه الحد في قول الإمام أولا وهو قول زفر ثم رجع وقال لا يجب عليه الحد إذا أكرهه السلطان وإن أكرهه غيره يجب وقالا لا يجب عليه الحد في الوجهين وهذا اختلاف عصر وزمان على ما بيناه من قبل وفي موضع سقط الحد ووجب المهر سواء كانت مكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلأن إذنها لغو لكونها محجورة عن ذلك شرعا قال رحمه الله ﴿وعلى الردة لم تبن امرأته﴾ يعني لو أكره على الردة وأجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان لم تبن امرأته لأنه لم يكفر به ولو قتل بعد قوله على الردة لم يرخص ولو فعل لم تبن به امرأته لكان أولى وأحرى ولأن الكفر يتعلق بتبدل الاعتقاد ولم يتبدل اعتقاده حيث كان قلبه مطمئنا بالإيمان حتى لو ادعت المرأة ذلك وأنكر كان القول قوله استحسانا والقياس أن يكون القول قولها حتى يفرق بينهما لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها فيستوي الطائع والمكره كلفظة الطلاق ووجه الاستحسان هذا اللفظ غير موضوع للفرقة وإنما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والإكراه دليل على عدم التغير فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما إذا أسلم مكرها حيث يحكم عليه بالإسلام لأنه وجد منه أحد الركنين وفي الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ونظيره السكران فإن إسلامه يصح ولا تصح ردته لعدم القصد هذا لبيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فإذا لم يعتقد فليس بمؤمن وعدم إبانة الزوجية إذا قال لم يخطر ببالي شيء ولو سبق ما طلب مني وقلبي مطمئن بالإيمان ولو قال نويت الإخبار باطلا ولم أنو ما أمرت به بانت امرأته في الحكم لأنه خالف المطالب منه باعتبار الظاهر فلا يصدق أنه نوى ذلك في حق المرأة ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر على الباطل بانت امرأته ديانة وقضاء لأنه كفر حقيقة والإكراه على الصلاة أو سب النبي صلى الله عليه وسلم في إبانة المرأة وعدمها على هذا التفصيل ولو قال خطر ببالي أنه لو أكره العدو على كلمة الكفر لا يجري على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان كفر قال رحمه الله ﴿وحرمة طرف الإنسان كحرمة نفسه﴾ حتى لو أكره على قطع يد إنسان بقطع يده لا يرخص له ذلك فإن فعل ذلك يأثم ويجب القصاص على المكره لو كان حرا ويضمن نصف القيمة لو كان رقيقا وهذا لا ينافيه ما نقل في قاضيخان إذا قال لرجل اقطع يد هذا وإلا قتلتك وسعه أن يقطع وإذا قطع كان على الآمر القصاص على قول الإمام وفي التاتارخانية إذا قال إن لم تقطع يدك وإلا قطعتها لا يسعه أن يقطع بنفسه اهـ فظهر بما نقلنا إذا كان أحدهما أغلظ من القطع وسعه وإن كان قطع بقطع لا يسعه ولو أكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما إذا أكره على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حق صاحب الطرف حتى يحل له قطعها إذا أصابها آكلة ولو أكره على أن يلقي نفسه في النار أو على الإلقاء من الجبل بالقتل وكان الإلقاء بحيث لا ينجو ولكن فيه نوع تخفيف فله الخيار إن شاء فعل وإن شاء

لم يقتل عند الامام ولو أتى بنفسه في النار فاحترق فعلى المكره القصاص وعندهما لا يقتص ولا يقتل ولو قال له لتلقين نفسك من رأس الجبل أو لأقتلنك بالسيف فألقى نفسه فمات فعند أبي حنيفة تجب الدية على عاقلة المكره لأنه لو باشر لا يجب عليه القصاص لأنه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة وكذا إذا أكره عليه وعند الثاني تجب الدية على المكره في ماله وعند محمد يجب القصاص ولو قال لآخر اقتلني فقتله تجب الدية في ماله في الصحيح ولو أكرهت المرأة على التزوج فزوجت نفسها بدون مهر المثل ثم زال الإكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي فللولي أن يفرق عند أبي حنيفة أو يتم مهر المثل وقالا ليس له ذلك لأن المهر خالص حقها ولها إسقاطه والله تعالى أعلم بالصواب

﴿باب الحجر﴾

أورد الحجر عقيب الإكراه لأن في كل واحد منهما سلب ولاية المختار في الجري على موجب الاختيار إلا أن الإكراه لما كان أقوى تأثيرا لأن فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر والحجر في اللغة المنع من قولك حجر عليه القاضي يحجر حجرا إذا منعه من التصرف في ماله ولهذا سمي الحطيم حجرا لأنه منع من البيت ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر أي لذي العقل وفي الشرع عبارة عن منع مخصوص في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وهذه الثلاثة سبب الحجر وألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخر المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله وهي أحد طرفي الديانة والآخر التعظيم لأمر الله وتحقيق ذلك أن الله تعالى خلق الورى وفرق بينهم في النهى فجعل بعضهم أولي النهى والرأي ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وبعضهم مبتلى بأساليب الردى فيما يرجع إلى المعاملات كالمجنون والمعتوه والرقيق والصغير وركب الله في البشر العقل والهوى وركب في الملائكة العقل دون الهوى وركب في البهائم الهوى دون العقل فمن غلب عقله على هواه كان من أفضل الخلق ومن غلب هواه على عقله كان أردى من البهائم ودليله ما روي أنه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ وقسم ماله لغرمائه ولأن تصرفه لا يشتمل على النظر والمصلحة فلذا يحجر عليه قال رحمه الله ﴿هو منع عن التصرف قولا لا فعلا لصغر ورق وجنون﴾ يعني يحجر عليه بهذه الأسباب المذكورة واعترض عليه بأن هذه العبارة تفيد حصر المنع في هذه الثلاثة لأن ذكر الأفراد يفيده وليس كذلك بل يحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق والسفيه والمغفل والمديون على قولهما وعليه الفتوى كما في البزازية فقوله في دليل التعريف يقتصر إلى آخره تفسير زائد وتقييد فاسد والتعريف فيه قصور من حيث تقييد المطلق وأصل التعريف للمطلق الحقيقة وهو لا يخلو إما إن أراد أن يعرف المنع المتفق عليه فعليه أن يسقط الزيادة أو يزيد ويخاف وحصول والا من أن يكون منعا للمتفق عليه أو يقول بسبب يوجبه ولا يخفى أن الرق ليس سببا للحجر في الحقيقة لأنه مكلف محتاج كامل الرأي والعقل وإنما حجر عليه لحق المولى قوله لا فعلا أراد فعلا لا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات أما إذا كان الفعل يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات فهو محجور عليه في حكم ذلك الذي يندرئ بالشبهات كالصبي والمجنون إذا زنى أو قتل فهو محجور عليه بالنسبة لحكم الزنا وهو الحد وبالنسبة لحكم القتل وهو القصاص كذا في الجوهرة قوله قولا نكرة في سياق الإثبات وهي تختص عند ما قالوا المراد الأقوال هنا ما تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء ويوجب الحجر من الأصل بالإعدام في حكم قول يتمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصبي والمجنون دون العبد فإن طلاقه يقع ولم يوجب الحجر فيما يتمحض نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة قوله لأنه لا نكرة في سياق النفي فيعم ما تقدم ذكره فإن قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الأقوال المعتبرة في الشرع والقصد ليس بشرط لاعتبارها شرعا كما صرحوا به في مواضع لا سيما في مباحث الهزل في الأصول فكيف حكمت بأنها عدم من الصبي والمجنون مع أن القصد ليس بشرط في اعتبارها إذا صدرت مع تمام الأهلية وأجيب بأن من ذكر له قصد وما قيد بما ذكر ليس له قصد معتبر فافترق الحال اهـ قال رحمه الله ﴿فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا إذن ولي وسيد﴾ لأن الصبي عديم العقل إذا كان غير مميز وإن كان مميزا فعقله ناقص لعدم الاعتدال وهو البلوغ فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز إلا إذا أذن له الولي فيصح حينئذ لترجح جانب المصلحة للولي فإذا أذن له بعد ذلك فتصرف بأهليته إذا كان بالغا عاقلا وإن كان صغيرا فبولاية الولي وفي السراجية الصغير الذي لا يعقل البيع إذا باع أو اشترى فأجاز الولي لم يصح ولو أذن القاضي للصبي بالتصرف صح تصرفه قال رحمه الله ﴿ولا يصح تصرف المجنون المغلوب بحال﴾ يعني لا يجوز تصرفه بحال ولو أجازه الولي لأن صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار كبيع الطوطي وإن كان يجن تارة ويفيق أخرى فهو في حال إفاقته كالعاقل والمعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع

التكملة

السكايف عنه وهو الناقص العقل وقيل هو المدهوش من غير جنون واختلفوا في تفسيره اختلافا كثيرا وأحسن ما قيل فيه هو
من كان قليل الفهم فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون قال رحمه الله ﴿ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولي
أو يفسخه﴾ يعني من عقد البيع والشراء من هؤلاء المحجورين وهو يعقله أي وهو يعقل أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم
الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة فالولي بالخيار ان شاء أجازه وان شاء رده فان قيل هذا في البيع يستقيم
وأما في الشراء فلا يستقيم لانه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قلنا انما ينفذ على المشتري اذا وجد نفاذا كشراء الفضولي وههنا لم يجد
نفاذا لعدم الاهلية أو لتضرر المولى فيتوقف الكل قال في العناية الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فاما المشروط في اعتبارها
شرعا القصد دون العقل أجيب بوجهين أحدهما الاقوال الموجودة حسا ليست عين مدلولها بل دلالات عليها ويمكن تخلف
المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها هو عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل
غير موجودة الثاني القول قد يقع صدقا وكذبا ويقع جدا وهزلا فلا بد من القصد بخلاف الفعل قال فان قيل قوله تصرف صبي
وعبد لا يفيدان عقدهما لا ينعقد وقوله ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولي أو يفسخ يفيد أنه ينعقد موقوفا وبينهما منافاة
فالجواب ان المراد بقوله لا يصح لا ينفذ وهو شائع في عبارة الفقهاء فان قيل كان يمكنه أن يقول ومن عقد منهما بلفظ التثنية دون
الجمع أي الصبي والعبد قلنا فهم من قوله المغلوب غير المغلوب الذي بمنزلة الصبي والعبد فلذا عبر بلفظ الجمع قال في العناية أراد الصبي
والمجنون الذي هو يجن ويفيق فانه بمنزلة الصبي قال ابن فرشته الولي هو القاضي والولي الذي في التجارة في مال الصبي كالاب والجد
والوصي ولا يجوز باذن العم والام والاخ اه واذا رفع الامر الى القاضي لا يخلو اما أن يكون الثمن قائما أو هالكا ولا يخلو اما أن يكون
بيع رغبة أو غبنة واذا رد المبيع والثمن قائم في يده رده وان كان المحجور استهلك الثمن بطرا ان استهلكه في النفقة وما يجوز له فان
القاضي يعطي الدافع مثله وان استهلكه فيما لا يحتاج اليه فان صرفه في وجوه الفساد يضمن المحجور مثله عند الثاني وعند محمد
لا يضمن كذا في التتارخانية والظاهر ان الولي اذا علم بالبيع كالقاضي قال رحمه الله ﴿وان أتلفوا شيأ ضمنوا﴾ لانهم غير محجور
عليهم في الافعال اذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع فاعتبر في حقه فثبت عليه موجبه لتحقق السبب ووجود
أهلية الوجوب وهي الذمة لان الانسان يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق الا انه لا يطالب بالاداء الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب
بالدين الا اذا أيسر وكالنائم لا يطالب بالاداء الا اذا استيقظ هكذا قاله الشارح فظاهره ان الوجوب يتأخر الى البلوغ والعتق وفي
الحدادي يضمن كما يضمن الحر البالغ العاقل فظاهره انه يضمن في الحال ويؤيده ما قال في العناية صبي ابن يوم لو انقلب على قارورة
انسان فكسرها يجب عليه الضمان في الحال اه ولو أن الصبي أو المجنون أو العبد استهلكوا مالا ضمنوا المال في الحال وفي التتارخانية
اذا أودع صبيا أو عبدا مالا فاستهلكه لا يضمن الصبي ولا العبد في الحال على قول محمد وقال أبو يوسف يضمن الا ان العبد يؤاخذ
بعد العتق والصبي يؤاخذ بعد زوال الحجر لانه لما أودعهم سلطهم عليه وفي الاول لم يسلطهم فيضمن في الحال الصبي في ماله والعبد
يدفعه المولى أو يفديه قال رحمه الله ﴿ولا ينفذ اقرار الصبي والمجنون﴾ لان اعتبار الاقوال في الشرع منوط بالاهلية وهي
معدومة فيهما حتى لو تعلق باقرارهما حكم شرعي كالحد لا يعتبر أيضا الا من حيث انه اتلاف فيجب الضمان لا يقال هذا علم من قوله
قولا لانا نقول بطريق التضمين والتصريح أبلغ منه فلذا ذكره قال رحمه الله ﴿وينفذ اقرار العبد في حقه لا في حق مولاه فلو أقر
بمال لزمه بعد الحرية﴾ لانه اقرار على غيره وهو المولى لان نفسه وما في يده ملكه واقرار الرجل على غيره لا يقبل فاذا عتق زال المانع
فتبع به لوجود سبب الاهلية وظاهر العبارة نفوذ الاقرار مطلقا سواء سكت بعد ذلك أو قال باطلا أو حقا ولذلك قال في المحيط ولو
أقر باستهلاك وديعة ثم صلح فصار أهلا للاقرار فأقر انه استهلكها في حال فساده لم يضمن عند محمد بخلاف ما لو أقر بقتل على هذا
الوجه حيث يلزمه في ماله كما لو شوهد ذلك منه والفرق ان استهلاك الوديعة لم يثبت معاينة وبالبينة لم يصدق عند محمد وكذا اذا ثبت
بالاقرار والقتل لو صدر منه بالمعاينة وجبت الدية على العاقلة وكذا اذا ثبت بالاقرار يجب في ماله ولو أقر لرجل بمال ثم صلح فان صار أهلا
وقال أقررت بها باطلا لم يلزمه وان قال كان حقا يلزمه وان قال كان باطلا ولم يوجد منه اقرار بعد الصلاح لا يلزمه وكذا الصبي المحجور عليه
لو أقر انه استهلك مال انسان بغير اذنه ثم قال بعد البلوغ كان حقا أو باطلا ولو قال لرجل بعد الصلاح أقرضتني في حال فسادي وقال الآخر
لا بل في صلاحك واستهلكته فالقول قول رب المال الا أن يقيم المحجور البينة على ذلك والفرق ان في الاول أقر ان الاستهلاك وجد

مقصودة على الاذن بالتسليط وانكار رب المال ذلك لما قال أمرتك فيكون القول قول المحجور عليه وعلى رب المال البينة بخلاف الثابتة قال رحمه الله ﴿ولو أقر بحد أو قود لزمه في الحال﴾ لأنه مبقي على أصل الحرية في حقهما لأنهما من خواص الآدمية وهو ليس بمملوك من حيث إنه آدمي بل من حيث إنه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى بهما عليه لأنه مبقي على أصل الحرية في حقهما فإن قيل قال صلى الله عليه وسلم لا يملك العبد والمكاتب شيأ إلا الطلاق وشيأ نكرة في سياق النفي فيقتضي أن لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص قلنا المبقي على أصل الحرية في حقهما يكون اقراره بهما فاقرار الحر به لا بالعبدية ولأن قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضي أن يصح اقراره مطلقا أو يقال إن النص يحتمل أنه ورد على غير هذه الصورة دفعا للتعارض قال رحمه الله تعالى ﴿لا بسفه﴾ يعني لا يحجر عليه بسبب السفه عند الامام وقال أبو يوسف ومحمد يحجر عليه للإمام ما روى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة رواه البخاري ومسلم وفي رواية عنهما فقل له احجر عليه ولأنه عاقل كامل العقل ألا ترى أنه مطلق ولم يحجر عليه كالرشيد ولهما قوله تعالى فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل وهذا نص في اثبات الولاية على السفيه وما روى أنه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ بالغ ماله والمراد بالفساد هنا السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير والاتلاف على خلاف مقتضى الشرع والعقل اهـ وفي الأصل والحجر بسبب الفساد والسفه نوعان أحدهما الخفة في العقل وكان سببه الغلب لا يهتدي إلى التصرفات فيحجر عليه القاضي على قولهما والثاني أن يكون سفيها مضيعا لماله إما في الشرب بأن يجمع أهل الشر والفساد في داره ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في النفقة ويفتح باب الجائزة والعطاء عليهم أو في الخراب بأن يبني جميع ماله في المسجد وأشباهه فيحجر القاضي عندهما صيانة لماله واتفقا على أن الحجر عليه بالدين لا يثبت إلا بقضاء القاضي واختلفوا في الحجر بسبب الفساد والسفه قال أبو يوسف لا يثبت إلا بقضاء القاضي وعندهما يثبت بنفس السفه ولا يتوقف على قضاء القاضي قال في محيط القضاء فالحجر ليس بقضاء بل فتوى لعدم شرائط القضاء وهي الدعوى والانكار حتى لو وجد الدعوى والانكار بأن وهب السفيه ماله من انسان وسلم إليه وصار عواقب بعينه على محارمه فرفعوا أمرهم إلى القاضي وأخبروه أنه يفني ماله سفها وطلبوا منه الحجر عليه فالقاضي يحجر السفيه والموهوب له فادعى عليه من وجب عليه الهبة أن ما في يده لهذا الرجل فأمره برده عليه فقضى القاضي بالرد عليه يعتبر قضاء اهـ وفي التهذيب وإذا وجد شرط الدعوى وقضاء القاضي صار متفقا عليه فلا ينفذ تصرفاته بعد القضاء عندهما والامام أيضا اهـ وفي المغني لو حجر عليه قاض فرفع ذلك إلى قاض آخر فأطلقه جاز اطلاقه لأن الحجر من الأول فتوى لفقد شرطه كما تقدم قال صاحب الهداية ولو قضى القاضي فنفس القضاء مختلف فيه ولا بد من امضاء قاض آخر حتى يلزم لأن الاختلاف إذا وقع في نفس القضاء لا يلزم ولا يصير مجمعا عليه حتى يمضيه قاض آخر بخلاف ما إذا كان الاختلاف موجودا قبل القضاء فإنه بالقضاء الأول وجد شرطه فيكون مجمعا عليه اهـ قال الشارح رحمه الله نظر فإن محمدا يقول بأنه يصير محجورا بنفس السفه قبل قضاء القاضي وفي الأصل الحجر بسبب السفه يفارق الحجر بالدين من ثلاثة وجوه الأول أن الحجر على السفيه لمعنى في ذاته أما الحجر بسبب الدين فلحق الغرماء الثاني المحجور عليه بسبب السفه إذا أعتق عبدا أو وجب عليه السعاية فإذا أدى لا يرجع به على المولى بعد زوال الحجر والمقضي عليه بالدين إذا أعتق عبدا أو أبق يجب عليه السعاية فإذا أدى يرجع بما أدى على المولى بعد زوال الحجر الثالث المحجور عليه بالدين يجوز اقراره بعد زوال الحجر وكذا حال قيام الحجر فيما يحدث من المال والمحجور عليه بالسفه لا يجوز اقراره لا في حال الحجر ولا بعد زوال الحجر لا في المال القائم ولا الحادث وإذا صار السفيه مصلحا لماله هل يزول الحجر من غير قضاء القاضي فعند أبي يوسف لا يزول إلا بالقضاء وعند محمد يزول من غير قضاء وفي نوادر هشام عن محمد السفيه المحجور إذا زوج ابنته الصغيرة أو ابنه الصغير لم يجز وفي البزازية والفتوى على قولهما قال رحمه الله ﴿إن بلغ غير رشيد لم يدفع له ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة ونفذ تصرفه قبله ويدفع إليه ماله إن بلغ المدة مفسدا﴾ وهذا عند الامام وعندهما لا يدفع إليه حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه أبدا لقوله تعالى فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم علق الدفع بوجود الرشد فلا يجوز قبله وللإمام قوله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم والمراد منه بعد البلوغ ولأن حال البلوغ وقد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة لما روي عن ابن عمر أنه قال ينتهي لب الرجل إذا

بلغ خمساً وعشرين سنة وقد قال أهل الطبائع إذا بلغ خمساً وعشرين سنة فقد بلغ رشده ولأنه بلغ سناً يتصور أن يصير فيه جداً لأن أدنى ما يبلغ فيه الغلام اثنا عشر سنة فيولد له ولد لستة أشهر ثم الولد يبلغ اثني عشر سنة فيولد له ولد لستة أشهر فقد صار بذلك جداً والآية الثانية فيها تعليق الشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط على أصلنا على ما عرف في موضعه والتفريع لا يتأتى على قول الإمام ويتأتى على قولهما وإذا باع لا ينفذ بيعه وإن كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لأنه مكلف عاقل وينفذ فيما يضره كالإعتاق والطلاق ولو باع قبل حجر القاضي عليه جاز عند أبي حنيفة لأن السفيه ليس بمحجور وإنما يستدل عليه بالعيوب في تصرفاته وذلك يحتمل لأنه يجوز أن يكون للسفيه ويجوز أن يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهدين فإذا تردد لا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي بخلاف الجنون والصغر والعته وعند محمد لا يجوز لأن علة الحجر السفه وقد تحقق في الحال فيترتب عليه موجبه بغير قضاء كالصبا والجنون والعته بخلاف الحجر بالدين لأنه لحق الغير لأنه من ظلمهم ولو قضى قاض في بيع سفيه بإبطال أو إجازة ثم رفع ذلك إلى قاض آخر لا يرى ما رآه الأول فينبغي أن يجيز القضاء الأول فإذا أبطله ورفع إلى ثالث أبطل قضاء الثاني لأن قضاء الأول قضاء فيما هو مختلف فيه فنفذ قضاؤه بالإجماع ويصير متفقاً عليه والثاني قضاء بخلاف الإجماع فلا ينفذ ولو كان الأول قضى بالحجر عليه ثم رجع وقضى بإطلاقه جاز قضاء الثاني لأن قضاء الأول بالحجر كان أقوى وإذا أجاز القاضي بيع المفسد ولم ينه المشتري عن دفع الثمن عليه برئ المشتري بالدفع إليه وإن نهاه فدفع لم يبرأ ويدفع الثمن ثانياً وإذا قال المشتري أجزت بيعه ونهاه المشتري عن الدفع إليه فدفع قبل العلم برئ وبعد العلم لا يبرأ كالوكيل إذا عزله الموكل بخلاف ما إذا أجاز بشرط أن لا يدفع له الثمن لأنه لم يصر مأذوناً بالدفع فإذا دفع لم يبرأ علم أو لم يعلم وإذا أذن له القاضي أن يبيع ويشتري جاز بيعه وقبضه بخلاف الأب إذا أذن له لا يصح إذنه لأنه بعد البلوغ انقطعت ولايته وإذا باع بما لا يتغابن فيه لا يجوز لأن المحاباة تبرع وبما يتغابن فيه يجوز ولو قال القاضي لأهل السوق أجيز ما يثبت منه بالبينة ولا أجيز ما يثبت منه بالإقرار يعمل بهذا التخصيص في حقه ولو أذن للصبي على هذا الوجه يصير مأذوناً في الأنواع كلها ولو أذن له في البر تعدى إلى سائر التجارات لأن التخصيص إنما يصلح إذا كان مفيداً وإنما يكون مفيداً إذا كان يحصل به صيانة المال وبهذا التخصيص لا يحصل ولو قال لأهل السوق أذنت له ولا أجيز من بيعه وشرائه إلا ما قامت عليه البينة ولا أجيز إقراره فهو كما قال في الصبي والعبد المأذون له أجيز ما قامت عليه البينة ولا أجيز إقرارهما يلزمهما بالإقرار كالبينة والفرق أن المفسد في التخصيص يفيد صيانة المال فكان التخصيص مفيداً وفي الصبي المصلح والعبد المصلح التخصيص غير مفيد لأنهما حافظان للمال فلم يقدر مفيداً قال في التتارخانية ويثبت حكمه في النهي في حقه بخبر واحد سواء كان عدلاً أو غير عدل عندهما وعند الإمام لا يثبت حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان اهـ وإذا بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً فهو على هذا الخلاف وإذا أعتق عبداً عتق عندهما وقال الشافعي لا يعتق لنا أن كل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه وكل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر السفه فيه قال في العناية وفيه بحث من أوجه الأول أن السفيه إذا حنث في يمينه وأعتق رقبة لا ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذ فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية والمحجور عليه بخلافه والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذر لأن في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر اهـ وإذا نفذ عندهما فعلى العبد أن يسعى في قيمته عند محمد وهو الصحيح ولو جوز في الظهار نفذ ويسعى العبد في قيمته وهو قول أبي يوسف أولاً وفي قول أبي يوسف الأخير وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لأنه لو سعى يسعى لمعتقه والمعتق لا يلزمه السعاية لحق معتقه بحال وإنما تلزمه السعاية لأجل الغير ولو دبر جاز تدبيره عنده إلا أن المدبر لا تجب عليه السعاية ما دام المولى حياً فإذا مات المولى ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبراً وإن جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكانت الأمة أم ولده والولد حر لأن في الحاقه بالمصلح في الاستيلاد توفيراً للنظر لاحتياجه إليه ويلحق هذا الحكم بالمريض المديون وتعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى ولا ولدها في شيء بخلاف ما إذا أعتقها من غير أن يدعي الولد ولو لم يكن معها ولد فقال المحجور هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها فإذا مات المولى سعت في كل قيمتها بمنزلة المريض إذا قال لأمته هذه أم ولدي وليس معها ولد لأنها إذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد لأنه لا شاهد معها وإن تزوج امرأة جاز النكاح لأنه لا يؤثر

فيه الطول ولا يزوجه السفيه فإن سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل وإن طلقها قبل الدخول وجب نصف مقدار مهر المثل من المسمى وكذا لو تزوج أربع نسوة أو تزوج كل يوم واحدة وطلقها وفي الأصل وللأب ووصيه أن يتصرف في مال السفيه بإذن القاضي وفي فتاوى قاضيخان سئل أبو بكر البلخي عن محجور وقف عليه ضيعة فقال وقفه باطل إلا أن يأذن له القاضي وقال أبو القاسم لا يجوز وقفه وإن أذن له القاضي اهـ قال في المحيط امرأة سفيهة طلقها زوجها على مال وقبلت وقع الطلاق رجعيا ولا يلزمها المال أصلا لأن السفيه محجور عن المال وإذا وقع بلفظ الخلع وقع بائنا وفي المنتقى وإذا دفع الوصي إلى الوارث حتى أدرك وهو فاسد فهو جائز وهو بريء عن الضمان تخرج الزكاة من مال السفيه وينفق عليه وعلى ولده وعلى زوجته ومن تجب نفقته من ذوي أرحامه من ماله لأن إحياء ولده وزوجته من حوائجه الأصلية والإنفاق على ذوي الأرحام واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالى إلا أن القاضي يدفع إليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لأن الواجب عليه الإيتاء وهو عبارة عن فعل يفعله وهو عبادة ولا يحصل ذلك إلا بنيته ويدفع القاضي معه أمينا كيلا يصرفها إلى غير المصرف ويسلم القاضي النفقة إلى أمينه ليصرفها إلى مستحقها لأنه لا يحتاج فيها إلى النية فلا يكون فيها معنى العبادة وفي المحيط ولا يصدق أنه قريبه إلا ببينة إلا الوالد والولد والزوج والمولى وكذا المرأة في سوى الولد لأن نفقة الوالدين والمولودين تجب بالنسب وهو مصدق فيه ونفقة غيرهم تجب باعتبار القرابة والعسر والحاجة فلا تثبت بالإقرار ولو حلف وحنث أو نذر بنذر من هدي وصدقة وظاهر من امرأته يكفر عن يمينه وظهاره بالصوم وإذا أراد حجة الإسلام لا يمنع منها لأنها واجبة بإيجاب الله تعالى ابتداء وليس له فيها صنع وفي الفرائض هو ملحق بالصالح إذ لا تهمة فيها وكذا العمرة واجبة بإيجاب الله تعالى وإن اصطاد في إحرامه أو حلق أو فعل ما يجب به الصوم صام ولم يدفع قيمته مالا ولو رأى القاضي أن يأمر إذا ابتلي بأذى حلق أو لبس أن يذبح أو يتصدق عنه فلا بأس بذلك ولا يعطيه الأمر بغير إذن القاضي وإن تطيب في إحرامه وفعل ما لا يجوز فيه الصوم فهذا لازم ولا يؤديه حتى يصلح لأنه بمنزلة العبد عليه والعبد إذا أحرم بإذن مولاه فارتكب شيئا من محظورات الإحرام فإن كان جزاؤه بالصوم فإنه يصوم وإن كان بالمال يتأخر والكفارة في ذمته لا يدفع إلا أن يصلح ولو جامع بعد الوقوف قبل الطواف تلزمه بدنة ويتأخر إلى أن يصلح ولو فعل بعد الطواف للزيارة فرجع إلى أهله ولم يطف طواف الصدر لا يمنع نفقة الرجوع للطواف وإن طاف جنبا ثم رجع لم يدفع إليه نفقة العود وعليه بدنة لطوافه جنبا وشاة لطواف الصدر فإذا أحصر في حجة الإسلام يبعث هديا ليتحلل به كالعبد المأذون لأنه لا صنع له فيه ولو أحرم بحجة تطوع دفع إليه من النفقة مقدار ما لو كان في منزله ويقال له إن شئت فاخرج ماشيا إلا أن يكون القاضي وسع في النفقة فقال إذا أكري بذلك الفضل وأنفق على نفسي فلا يمنع من ذلك لأنه ليس فيه إسراف وإذا مرض يزاد في نفقته لزيادة الحاجة ولو أحصر في حجة التطوع لا يبعث بهدي إلا أن يبلغ موضع الضرورة ولا يمنع من القران ولا من المتعة أراد سوق هدي أولا لأنه أحب في النفقة ولا يسلم القاضي النفقة إليه بل يسلمها إلى ثقة لينفقها عليه في الطريق كيلا يبذر ويسرف في نفقته وإن وصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله يعني إذا كان له وارث استحسانا والقياس أن لا يجوز وصيته كما لا يجوز تبرعاته ووجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كيلا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك في حياته لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه عنه هذا إذا كان الموصى به موافقا لوصايا أهل الخير به والصلاح نحو الوصية بالحج أو للمساكين أو بناء المساجد والأوقاف والقناطر والجسور وأما إذا أوصى بغير القرب عند الأئمة قال محمد رحمه الله تعالى المحجور عليه بمنزلة الصبي إلا في أربعة أحدها أن تصرف الوصي في مال الصبي جائز وفي مال المحجور عليه باطل الثاني إعتاق المحجور عليه وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز ومن مال الصبي لا يجوز قال في المحيط وإذا دبر عبده صح ولا يسعى في شيء من السعاية ما دام حيا وإذا مات يسعى في قيمته مدبرا قال مشايخنا هذا إذا كان أهل الصلاح يعدون هذه الوصية إسرافا فإن كانوا لا يعدونها إسرافا بل معروفا وإحسانا لا يسعى في قيمته إذا كان يخرج من الثلث اهـ قال رحمه الله تعالى (وفسق) يعني لا يحجر عليه بسبب فسق وهو معطوف على قوله لا بسفه وقال الإمام الشافعي يحجر عليه بالفسق كالسفيه زجرا له وعقوبة له وعندهما الحجر على السفيه صيانة لماله والفاسق مصلح لماله فلا يدخل تحت قوله تعالى فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم لأن رشدا نكرة فتعم فيتناوله إلا أنه إذا الرشد المذكور

في الآية المراد به الإصلاح في المال لا الدين لأن الكافر لا يحجر عليه والفسق الأصلي والطارئ سواء قال رحمه الله ﴿وغفلة﴾
يعني لا يحجر على الغافل وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكن لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة وهذا قول الإمام وقال أبو يوسف
ومحمد والإمام الشافعي يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله ونظرا له لأن أهل حبان طلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم الحجر عليه
فأقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم فدل على أنه مشروع قلنا الحديث دليل للإمام لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم لذلك وإنما
قال قل لا خلابة الحديث ولو كان مشروعا لأجابهم إليه قال رحمه الله ﴿ودين وإن طلب غرماؤه﴾ يعني لا يحجر عليه بسبب
الدين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند الإمام لأن في الحجر عليه إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز
وعندهما يجوز عليه بسبب الدين وعلى قولهما الفتوى كذا في قاضيخان من باب الحيطان وفي الكافي والكلام في الحجر بالدين
في موضعين أحدهما أن يركبه دين مستغرق لماله أو يزيد على أمواله وطلب الغرماء من القاضي أن يحجر فيحجر عليه
ويمنع من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء وفي النوادر مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالإفلاس
والإفلاس عندهما يتحقق في حال حياته فيمكن القاضي القضاء بالإفلاس وفي العناية وإذا قضى بالحجر بسبب الدين يختص
بالمال الموجود في الحال دون ما يحدث من الكسب أو غيره حتى لو تصرف في الحادث نفذ وإذا صح الحجر بسبب الدين صار
حال هذا المحجور عليه كحال مريض عليه ديون الصحة وكل تصرف يؤدي إلى إبطال حق الغرماء فالحجر يؤثر فيه وفي التتارخانية
يشترط علم المحجور عليه حتى يصير محجورا عليه وفي النوادر وإذا حبس الرجل في الدين ينبغي للقاضي أن يشهد أنه قد حجر عليه
في ماله حتى يقضي ديونه إلى حبس فيها قال رحمه الله ﴿وحبس ليبيع ماله في دينه﴾ لأن قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم
فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وإيصالا للحق إلى مستحقه ولا يكون ذلك إكراها على البيع لأن المقصود من الحبس الحمل على
قضاء الدين بأي طريق كان عند أبي حنيفة وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر عليه القاضي وباع ماله إن امتنع من بيعه
وقسم ماله بين الغرماء ومنعه من تصرف يضر بالغرماء كالإقرار وبيعه بأقل من قيمته لما روي أن معاذا ركبه دين فباع رسول الله
صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ولأن في الحجر عليه نظرا للغرماء لئلا يلحقهم الضرر بالإقرار والتلجئة
وهو أن يبيعه من إنسان عظيم القدر لا يمكن الانتزاع منه أو بالإقرار له ثم ينتفع به من جهته على ما كان ولأن البيع واجب
عليه لإيفاء دينه فإذا امتنع ناب القاضي منابه وإن كان معسرا لا يؤجره ليقضي من أجرته دينه أو كانت امرأة لا يزوجها ليقضي
دينها من مهرها ويحبس ليقضي الدين من مهرها وبأي طريق كان والفتوى على قولهما اهـ قال رحمه الله ﴿ولو ماله دراهم ودينه
دراهم قضى بلا أمره﴾ وكذا إذا كان كلاهما دنانير لأن للدائن أن يأخذه بيده إذا ظفر بجنس حقه فكان القاضي معينا له
قال رحمه الله ﴿ولو ماله دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع من دينه﴾ وهذا بالإجماع أما عندهما فظاهر وأما عند الإمام فاستحسان
به والقياس أن لا يجوز للقاضي بيعه لما ذكرنا أن هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض وجه الاستحسان
أنهما يتحدان جنسا في الثمنية والمالية ولذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة ويختلفان في الصورة حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر
وأما حكما فلأنه لا يجري بينهما ربا الفضل لاختلافهما فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر إلى الاختلاف
يسكت عن الدائن فله الأخذ عملا بالشبهين قال رحمه الله ﴿ولم يبع عرضه وعقاره﴾ وهذا عند الإمام وهو بإطلاقه صادق بحال
الحياة والموت قال في الجوهرة ويبيع القاضي عرضه وعقاره بعد الموت بالإجماع وعندهما يبيع القاضي ذلك وعليه الفتوى كذا في
البزازية فعندهما يبدأ القاضي ببيع النقود لأنها مفيدة للتقليب ولا ينتفع بعينها فإن فضل شيء من الدين يبيع العروض فيها لأنها
مفيدة للتقليب والاسترباح فإن لم يف ثمنها بالدين يبيع العقار لأن العقار مفيد للقنية عادة فلا يبيعه إلا عند الضرورة وهذه الطريقة
إحدى الروايتين عندهما وفي الرواية الأخرى عندهما يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف
منه ثم يبيع العقار ويترك عليه دست ثياب من ثياب بدنه ويبيع الباقي لأن به كفاية وقيل يترك دستان لأنه إذا غسل ثيابه لا بد من
ثياب يلبسها قالوا إذا كان للمديون ثياب يلبسها ويكتفي بدونها يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوبا
يلبسه لأن قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجمل وعلى هذا إذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزئ بدون ذلك يبيع ذلك
المسكن ويوفي بعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكنا يسكن فيه وعن هذا قال مشايخنا يبيع ما لا يحتاج إليه في الحال حتى

يبيع اللبد في الصيف والنطع في الشتاء وإن أقر في حال حجره بمال لزمه ذلك بعد قضاء الدين بخلاف ما إذا استهلك مالا لغيره حيث يزاحم صاحب المال المستهلك أرباب الديون لأنه فعل حسي وهو مشاهد ولهذا لو قلنا لو كان سبب وجوب الدين الذي أقر به ثابتا بعلم القاضي أو بشهادة الشهود شارك الغرماء ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأن حق الغرماء تعلق بالمال الموجود وقت الحجر دون الحادث وينفق على المحجور وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه من ماله لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء وفي التتارخانية إذا غاب الزوج وطلبت زوجته من القاضي أن يبيع يبيع القاضي عندهما وفي الخانية ولو حجر القاضي على رجل وعليه ديون مختلفة فقضى المحجور دين البعض يشاركه الباقون في ذلك ويقسم عليهم فإن كان المحجور أسرف في الطعام والكسوة أمره القاضي أن ينفق بالمعروف وفي الينابيع المحجور عليه إذا تزوج امرأة وزاد في مهر مثلها جاز في مهر مثلها لأنه من الحوائج الأصلية وفي الذخيرة إذا باع القاضي مال المديون أو أمينه بالدين الذي ثبت عليه ببينة أو إقرار وضاع الثمن أو استحق العين المبيعة فالعهدة على من باع لأجله لا على القاضي وأمينه اهـ قال رحمه الله ﴿ولو بالإفلاس﴾ يعني لا يحجر عليه بسبب الإفلاس بل يحبس حتى يظهر له مال فإن لم يظهر له مال أخرجه من الحبس وقد ذكرنا الحبس وما يحبس فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره ومدته ومن يحبس والملازمة وصفتها في كتاب القضاء وإذا أخرجه من الحبس لا يحول بينه وبين غرمائه بعد الإخراج بل يلازمونه عند أبي حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة ولو قدم البعض على البعض في القضاء جاز لأنه تصرف في خالص ملكه ولم يتعلق لأحد حق في ماله وإنما حقه في ذمته فله أن يؤثر من يشاء من غرمائه ذكره في النهاية وقال أبو يوسف ومحمد إذا أفلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا لقوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وقد ثبت عسرته فوجب انتظاره وفي الهداية قال محمد للمدعي أن يحبسه في بيته أو يتبعه حيث ذهب وفي رواية أخرى لرب الدين أن يلزم مديونه المعسر حيث أحب وإن كان الملزوم لا معيشة له إلا من يده لم يكن له أن يمنعه من الذهاب والمجيء قال رحمه الله ﴿وإن أفلس ومتاع عين قائمة أسوة الغرماء﴾ يعني لو اشترى متاعا فأفلس والمتاع في يده فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه إذا كان بعد قبض المشتري المتاع بإذن البائع وإن كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا إذا قبضه بغير إذن البائع كان له أن يسترده ويحبسه بالثمن وقال الإمام الشافعي للبائع فسخ العقد وأخذ متاعه قبل القبض وبعده لما أخرجه الإمام مسلم عن أبي هريرة قال عليه الصلاة والسلام من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو عند إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره ولأن المشتري قد عجز عن تسليم إحدى بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبائع حق الفسخ كما إذا عجز عن تسليم المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة ولنا قوله تعالى وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة فاستحق النظر إلى ميسرة بالآية فليس له المطالبة قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن وهذا لأن الدين صار مؤجلا إلى الميسرة بتأجيل الشارع والعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يوجب له خيار الفسخ قبل مضي الأجل فكيف يثبت ذلك في تأجيل الشارع وهو أقوى من تأجيلهما والجواب عن الحديث أنه قال من وجد ماله وهذا مال المشتري لا مال البائع وإنما يصلح أن يكون حجة أن لو قال فأصاب رجل عين مال قد كان باعه من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه فهو أحق به من كل الغرماء وهو نظير ما روي عن سمرة أنه عليه الصلاة والسلام قال من سرق ماله أو ضاع له متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو أحق به ويرجع المشتري على بائعه بالثمن رواه الطحاوي وقوله وعقد معاوضة فيقتضي المساواة قلنا يقتضي التسوية بينهما في الملك وهو لكل واحد منهما ولئن سلمناه يفيد التسوية في القبض فقد بطل ذلك بالتأجيل إلى الميسرة ولو قال ولو تسلم متاعا فأدى بائعه إلى آخره كان أولى لإفادة شرط التسليم والإذن فتأمل والله تعالى أعلم

﴿فصل في حد البلوغ﴾ البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر وجب بيان نهايته بهذا الفصل قال رحمه الله ﴿بلوغ الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال وإلا حتى يتم له ثمانية عشر سنة﴾ الحلم بالضم ما يراه النائم أما الاحتلام فلما روي عن علي بن أبي طالب قال حفظت من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام ولا [illegible] يوم إلى الليل رواه أبو داود والحبل والإحبال لا يكون إلا مع الإنزال وأما السن فلما روي عن ابن عمر قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمسة عشرة سنة

وأجازني فالظاهر أن عدم الاجازة لعدم البلوغ والاجازة للبلوغ وهذا قول أبي يوسف ومحمد وهو قول الامام الشافعي وهو رواية عن أبي حنيفة وعن الامام في الغلام تسع عشرة سنة قيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة فلا اختلاف بين الروايتين لانه لا يتم ثمانية عشرة سنة والا و يطعن في التاسع عشرة وقيل فيه اختلاف الروايتين حقيقة لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة ولما كان الذكر أشرف قدم ما يتعلق به قال رحمه الله ﴿والجارية بالحيض والاحتلام والحبل والا فحتى يتم لها سبع عشرة سنة﴾ أما الحيض فلأنه يكون في أوان الحبل عادة فجعل ذلك علامة البلوغ وأما الحبل فلأنه دليل على الانزال لان الولد يخلق من ماء الرجل والمرأة غير أن النساء نشوهن وادراكهن أسرع فزدنا سنة في حق الغلام لاشتمالها على الفصول الاربع التي منها ما يوافق المزاج لا محالة فيقوى فيه قال رحمه الله ﴿ويفتى بالبلوغ فيهما بخمسة عشرة سنة﴾ عند أبي يوسف ومحمد وهذا ظاهر لا يحتاج الى الشرح قال رحمه الله ﴿وأدنى المدة في حقه اثنتا عشرة سنة وفي حقها تسع سنين﴾ يعني لو ادعيا البلوغ في هذه المدة يقبل منهما ولا يقبل فيما دون ذلك لأن الظاهر تكذيبه قال في العناية ثم قيل انما يعتبر قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتي عشرة سنة فاكثر وقد أشار اليه بقوله أدنى المدة وهذه المدة مذكورة في النهاية وغيرها لا تعرف الا سماعا أو بالتتبع قال رحمه الله ﴿فان راهقا وقالا قد بلغنا صدقا وأحكامهما أحكام البالغين﴾ يقال راهق من كذا أي دنا منه وهو مراهق دنا من البلوغ لانه أمر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة في الحيض والله تعالى أعلم

﴿ كتاب المأذون ﴾

تأخير كتاب المأذون عقيب كتاب الحجر ظاهر لأن الاذن يقتضي سبق الحجر ولما ترتب وجودا ترتب أيضا ذكرا للتناسب والكلام هنا من وجوه الاول في معناه لغة الثاني في دليل المشروعية الثالث في سببه الرابع في ركنه الخامس في شرطه السادس في تفسيره السابع في حكمه أما معناه لغة قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه الاذن هو الاطلاق لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شئ الى شئ كان اه وفي النهاية أما اللغة فالاذن في الشئ رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاق فيما حجر عليه من أذن له في الشئ اذنا وأيده الامام الزيلعي حيث قال والاذن في اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام لان الاذن من أذن في كذا اذا أباحه وأذان من أذن بكذا اذا أعلم وبينهما فرق وأما دليل المشروعية فهو قوله تعالى وابتغوا من فضله واذن الصبي والعبد في التجارة ابتغاء من فضل الله وأما سبب المشروعية فهو الحاجة لان الانسان قد لا يتفرغ لذلك بنفسه لكثرة اشتغاله فيحتاج أن يستعين بالعبد والصبي وأما ركنه فقول المولى لعبده أذنت لك في هذا وأما شرائطه ففي المحيط شرائط جوازه فولاية الاذن على المأذون حجرا واطلاقا منعا واسقاطا وكون المأذون عاقلا مميزا عالما بما أذن له وأن يعلم العبد بالاذن وفي السغناقي دخل في قولنا من له ولاية الاذن في التجارة المكاتب والمأذون والمضارب والشريك مفاوضة والاب والجد والقاضي والولي اه وأما حكمه قال في غاية البيان ملك المأذون كل ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك وعزاه الى التحفة وأيده صاحب النهاية والامام الزيلعي حيث قالا وأما حكمه فهو تفسيره الشرعي لأن حكم الشئ ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة أن ما يثبت بالشئ ويصير أثرا مترتبا عليه لا يصلح أن يكون تفسيرا لذلك الشئ محمولا عليه بالمواطأة وأما تفسيره شرعا فهو ما أشار اليه قال رحمه الله ﴿هو فك الحجر واسقاط الحق﴾ لان العبد أهل للتصرف بعد الرق لأن ركن التصرف كلام معتبر شرعا من مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يعدمان بالرق لانهما من كرامات البشر الا أنه حجر عليه عن التصرف لحق المولى لئلا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمة الرقيق فاذا أذن له المولى فقد أسقط حقه فكان متصرفا بأهليته الاصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة وأطلق في فك الحجر فشمل الكل والبعض وقال في المبسوط واذا أذن أحد الشريكين لعبده في التجارة جاز في نصيبه خاصة وليس للشريك الآخر أن يبطل الاذن وما لحقه من دين التجارة فهو على نصيبه خاصة ولو لحقه دين التجارة وفي يده مال التجارة قضى من ذلك دينه والباقي بينهما نصفين لانه حصل من كسب العبد ولو وهب له أو اكتسب قبل الاذن أو تصدق عليه أو بعد الاذن فهو بينهما نصفين ولو اختلفا في الكسب الذي في يده فقال الآذن والعبد انه استفاده بالتجارة وقال الساكت انه استفاده بالهبة فالقول قول الآذن والعبد ويصرف في دينه استحسانا لأن العبد هو المكاتب وهو أعلم بحال كسبه ولو استهلك مالا كان عليهما اذا ثبت بالبينة أو بالمعاينة ويتعلق بجميع رقبته ولو أقر باستهلاك ما كان على الآذن خاصة

ولو أذن لرجل بصبغ عبده كان مأذونا في كله لأن الإذن لا يتجزأ ولو أذن أحد الشريكين ثم اشترى نصيب الآخر فتصرف وهو لا يعلم فكذلك كما في الفصل الأول ولو علم بتصرفه في جميع الرقبة ولو أذن لعبد لا يملكه ثم ملكه فإنه لا يصير مأذونا ولو أخبر شريكه أهل السوق أنه لا يرضى بإذن شريكه ثم رأى العبد يتصرف لم يصر مأذونا استحسانا فإن قال أحدهما لشريكه ائذن لنصيبك فأذن له فهو مأذون كله لأن الإذن مما لا يتجزأ فصار كأنه قال لصاحبه ائذن لجميع العبد قال في الكفاية إسقاط الحق وهو حق المولى في مالية الكسب والرقبة فإنه يمتنع تعلق حق الغير بهما صونا لحق المولى وبالإذن أسقط حقه قال صاحب الإصلاح والإيضاح المراد بالحق هنا حق المنع ولا ينافي كونه حق المولى بل يقتضيه لأن حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره فإن معنى حق المنع هو منع التصرف على أن تكون الإضافة بيانية ومعنى حق المولى هو حق للمولى على أن تكون الإضافة بمعنى اللام وبيان الحق الذي هو منع العبد عن التصرف إنما يكون للمولى لا لغيره فكان حقا له قلنا وأما ثانيا فلأنه إن أراد بقوله لأن حق المولى لا يسقط بالإذن أنه لا يسقط به أصلا فممنوع وإن أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما دل عليه تعلق الدين بما في يده ورقبته فمسلم ذلك إلا أنه لا يجدي نفعا لأنه ليس المراد بالإسقاط إسقاطا بالكلية بل المراد إسقاطه في الجملة وأما اختصاص حق المولى بإذن العبد فلا يضر لأن المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان إذن العبد وأما بيان إذن الصبي فعلى سبيل التبعية ويجوز أن يكون مدار ما ذكر في تفسير المأذون في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون وهو إذن العبد ولقائل أن يقول إن أريد بإسقاط الحق بجملته وفك الحجر برقبته فهو ممنوع ولو كان كذلك لصح هبته وإقراضه ونحوهما من التبرعات وليس كذلك قطعا وإن أراد أنه إسقاط وفك في الجملة فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى إذ لا يلزم منه إسقاط وفك في جميع التصرفات حتى يكون مأذونا في جميعها قيل المراد إسقاط وفك في بعض معين من التصرفات فلا يرد النقض بالتبرعات فلو قال فك الحجر ومنع إسقاط في نوع لكان أولى فتأمل قال رحمه الله (ولا يتوقت ولا يتخصص) يعني لا يتوقت بزمان ولا بمكان ولا يتخصص بنوع من أنواع التجارة عندنا لما ذكرنا من تفسيره وقال الإمام الشافعي وزفر هو عبارة عن توكيل وإنابة فيتوقت عندهما ويتخصص وعندنا يتصرف بأهلية نفسه وحق المولى قد أسقطه والساقط لا يعود كما إذا رضي المستأجر أن تؤجر عنده من شخص بعينه دون غيره والإسقاط لا يقبل التقييد دون غيره كالطلاق والعتاق ولو أسلم البائع المبيع إلى المشتري قبل نقد الثمن على أن يتصرف فيه نوعا من التصرف دون غيره فإنه لا يعتبر تقييده لأنه إسقاط لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف إذن القاضي فإنه بمنزلة الوكيل ذكره قاضيخان في فتاواه كذا ذكره الشارح وفي المحيط يجوز الإذن للصبي العاقل في التجارة من الأب والقاضي ولا يجوز تخصيصه بنوع دون نوع كالعبد لا يقال لو كان إسقاطا لما ملكه بعد لأنا نقول ليس بإسقاط في حق ما لم يوجد فيكون النهي امتناعا فيما لم يوجد لا يقال هو ليس بأهل لحكم التصرف وهو الملك فكيف يكون أهلا لنفس التصرف والسبب غير مشروع لذاته بل لحكمه فإذا لم يترتب عليه حكمه لا يكون مشروعا كطلاق الصبي لأنا نقول حكمه ملك اليد وهو أهل لذلك كالمكاتب قال في العناية وصحح المصنف كونه إسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يتوقت الثابت ثم قال فإن قيل قوله فك الحجر وإسقاط الحق مذكور في خبر التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه وأجيب بوجهين أحدهما أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه ليس باستدلال وإنما هو تصحيح للنقل بما يدل على أنه عندنا يعرف بذلك كما أشرنا إليه الثاني أنه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا قال في المحيط فيبيع من المولى ويشتري منه ويطالبه بإيفاء الثمن على وجه لو امتنع يحبس ولو قال أذنت لك في الخياطة أو الصياغة أو في عمل آخر فهو مأذون في جميع الأوقات ما لم يحجر عليه ولو قال اتجر في البر ولا تتجر في البحر لا يصح نهيه ولقائل أن يقول إن أريد بقوله ولا تخصيص بنوع دون نوع أنه لا يتخصص بذلك إن أطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لأن ما نحن فيه صورة التقييد وإن أريد به أنه لا يتخصص بنوع دون نوع وإن قيده بذلك فهو ممنوع كيف وهذا يتوقف تمامه على أول المسألة وهو أن يكون الإذن في نوع من التجارة إذنا في جميعها فيؤدي إلى المصادرة على المطلوب قال صاحب العناية وينتقض بالإذن في النكاح رعاية الحجر وإسقاط الحق وإذا أذن له أن يتزوج فلانة ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب أن النكاح تصرف مملوك للمولى لأنه لا يجوز إلا بولي والرق أخرج العبد من أهل الولاية ولأن تجيزه المولى على النكاح مخصص بخلاف البيع والإذن على نوعين عام وخاص فالعام أن يقول لعبده أذنت لك في التجارة أو فك الحجر ولو قال أد إلي ألفا وأنت حر يصير مأذونا في التجارة وكذا لو قال اكتسب وأد ذلك وقوله أد ألفا وأنت حر بمنزلة ما إذا قال إن أديت

ألفاظ الثبوت لأن جواب الأمر بالواو كالفاء بخلاف ما إذا قال أدّ إليّ ألفاً أنت حر ولو أذن لعبده ولم يعلم العبد بالإذن ولا أحد من الناس فتصرف ثم علم لم يجز لعدم علمه ولو قال لقوم بايعوه فبايعوه ولم يعلم العبد بذلك فهو مأذون وذكر في الزيادات لو قال لرجل بع عبدك هذا من ابني الصغير فباعه منه وقبل الابن إن علم بأمر الأب جاز وإن لم يعلم لم يجز فلم يثبت الإذن على الروايتين والفرق بين الروايتين أن إذن الصبي توكيل وليس بإذن في التجارة لأنه فوض إليه عقداً واحداً وتفويض عقد واحد لا يثبت الإذن وفي مسئلة المأذون إذن لا توكيل لأنه فوض إليه عقوداً متكررة فيجوز أن يثبت الإذن ضمناً للأمر بالمبايعة في عقود متكررة بدون علمه وإن لم يثبت مقصوداً بخلاف العقد الواحد ولو لم يبايعه أحد منهم وبايعه من لم يأمره المولى لم يصر مأذوناً لأن الإذن إنما يثبت في ضمن أمره بالمبايعة ولو دفع له حماراً ليكري به ويبيع عليه صار مأذوناً والإذن يصح تعليقه بالشرط وإضافته إلى الزمان كالطلاق والحجر والعزل لا يصح تعليقهما ولا إضافتهما كالنكاح وأما الإذن الخاص فلا يكون به مأذوناً كما لو أمره بشراء ثوب للكسوة أو لحم للأكل لأن هذا استخدام ولا بد من فاصل بين الاستخدام والتجارة وهو أن الأمر بعقد مرة بعد مرة استخدام والأمر بعقود متعددة يعد تجارة لأنه يدل على أنه للربح ولما بين المؤلف الإذن الصريح شرع في الإذن دلالة اهـ قال رحمه الله ﴿ويثبت بالسكوت إن رأى عبده يبيع ويشتري﴾ يثبت الإذن للعبد بسكوت المولى عندما رآه يبيع ويشتري ولم يتقدم قرينة تنفيه ولا فرق في ذلك بين أن يبيع عيناً لو كالمولى أو لغيره بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً كذا في الهداية وغيرها وقال قاضيخان في فتاواه إن رآه يبيع عيناً من أعيان المالك فسكت لم يكن إذناً وكذا المرتهن إذا رأى الراهن يبيع فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوي عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن كذا نقله الإمام الزيلعي وظاهر كلامه أنه فهم المخالفة بين كلام الهداية وقاضيخان وليس كذلك فقول قاضيخان لا يصير إذناً أي في حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت ويصير إذناً فيما بعده ويدل عليه ذكر المرتهن قال في البدائع والإذن بطريق الدلالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري يصير مأذوناً في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت وقال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري الخمر أو الخنزير فسكت يصير مأذوناً في التجارة وإن كان لا يجوز هذا الشراء فكذا هنا فكيف يجوز حمل كلام قاضيخان على خلاف ما ذكره محمد في الأصل وفي المحيط البرهاني قال محمد في الأصل إذا نظر الرجل إلى عبده وهو يبيع ويشتري ولم ينهه عن ذلك صار العبد مأذوناً في التجارة عند علمائنا الثلاثة وإذا رأى عبده يبيع عيناً من أعيان ماله يصير مأذوناً في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى وفي قاضيخان إذن الصغير في التجارة وأبوه يأبى صح إذن القاضي إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت لم يكن إذناً اهـ فهم بعض أهل العصر أن سكوت القاضي إذا رأى عبده يبيع ويشتري لا يكون إذناً بخلاف سكوت المولى كما فهم الإمام الزيلعي كما تقدم وليس كذلك بل المراد لا يكون إذناً في الذي سكت عنده ويكون إذناً في الذي بعده كما تقدم ولو أمره المولى أن يبيع متاع غيره يصير مأذوناً ولو رأى عبده يشتري شيئاً أو يبيع في حانوته فسكت حتى باع متاعاً كثيراً من ذلك كان إذناً ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع ولو رأى المولى عبده يشتري شيئاً بدراهم المولى أو دنانيره فلم ينهه يصير إذناً فإن كان هذا الثمن من مال المولى كان للمولى أن يرده ولا يبطل البيع بالاسترداد ولو أن رجلاً أجنبياً دفع إلى عبده مالاً ليبيعه فباعه والمولى يراه ولم ينهه كان إذناً ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع واختلفوا في عهدة البيع قيل ترجع إلى الآمر وقيل إلى العبد وفي المحيط وإن لم يره المولى جاز البيع والعهدة على صاحب المتاع لأن عهدة العبد المحجور متى توكل عن غيره تكون على الموكل ولو اشترى عبداً على أنه بالخيار فرآه يتصرف فلم ينهه فإن لحقه دين فهو نقض للبيع والا فلا وإن تم البيع فهو محجور عليه والفرق أن الإذن لا ينافي خيار البائع لأن الإذن مع خيار البائع يجتمعان ويفترقان فمن باع عبداً مأذوناً على أنه بالخيار بقي العبد مأذوناً له في مدة الخيار فلم يكن إذن البائع منافياً خياره فبقي خياره وأما الإذن مع خيار المشتري لا يجتمعان فإن من اشترى مأذوناً على أنه بالخيار بطل الإذن وإن أذن المشتري بالخيار سقط خياره وإن كان العبد اكتسب شيئاً فهو للمشتري فإن اكتسب بعد القبض طاب وقبل القبض يتصدق به قيل هذا قولهما وعند الإمام الكسب للبائع اهـ وقال الإمام الشافعي وزفر لا يثبت الإذن بسكوت المولى لما ذكرنا لأن السكوت يحتمل الرضا والرد فلا يثبت بالشك كما لو رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت ولم ينهه أو رأى القاضي الصبي والمعتوه ولم يكن لهما ولي أو عبده هما وكذا إذا رأى العبد يتزوج أو الأمة تتزوج وكذا لو أتلف مال غيره وهو ينظر لم يكن ذلك إذناً قلنا هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه ويؤدبه فإذا سكت دل على رضاه به وصار إذناً له لأجل دفع الضرر فصار

كسكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمر يعاينه وكسكوت البكر والشفيع والمولى القديم عند ما يرى ماله يقسم بين الغانمين بخلاف
ما إذا أكره لأنا لو جعلناه إجازة حصل ضرر عظيم وبخلاف القاضي فإنه لا حق له في مالهما فلا يكون سكوته إذنا فلا بد من التصريح
قال في العناية فإن قيل عين هذا التصرف الذي رآه يبيع فيه غير صحيح فكيف يصح غيره أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه يبيعه
متحقق بإزالة ملكه عن عينه في الحال ولا يثبت في غيره إلا محققا لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فصح فيه النهي قيد بقولنا
ولم يتقدم قرينة نفيه قال في المحيط لو قال لأهل السوق إذا رأيتم عبدي هذا يتجر فإني لا آذن له ثم رآه يتجر فسكت لا يصير مأذونا له
لأنه متى أعلمهم بالنهي لم يصر مأذونا له بالسكوت اهـ ولو عبر بأن قال بعد السكوت لكان أولى قال رحمه الله ﴿فإن أذن له عاما لا بشراء
شيء بعينه يبيع ويشتري﴾ وعبر بالفاء دون الواو لأنها تفيد التفسير لو قال فإن أذن بعقد ولا بعقد لكان أولى لأنه يفيد الإذن العام
والخاص والفارق بينهما ولأنه علم من الأول ضمنا لأنه إذا قال لعبده أذنت لك في التجارة يكون عاما لأن التجارة اسم جنس محلى
بالألف واللام فكان عاما فيتناول جميع الأعيان كما لو أعطى العبد ثوبا وأمره مولاه ببيعه كان إذنا لأنه لا يمكن حمله على
الاستخدام فإذا صار مأذونا له في جميع التجارات كان له أن يبيع ويشتري وإن كان فيه غبن فاحش عند الإمام وقالا لا يجوز بما لا
يتغابن فيه لأنه تبرع ولهذا لا يجوز من الأب والوصي والقاضي ولأن المقصود من التجارة الاسترباح وهذه خاسرة وللإمام أن هذه
تجارة لا تبرع لأنه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن شيء له حكم ذلك الشيء بخلاف الأب والوصي والقاضي لأن تصرفهم
مقيد بالنظر ولأن البيع بالغبن الفاحش من صنع التجارة لاستجلاب قلوب الناس ليربح في صفقة أخرى وعلى هذا الخلاف
بيع الصبي والمعتوه المأذون لهما ولو مرض العبد المأذون له وحابى فيه يعتبر من جميع المال إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه
دين فمن جميع ما بقي بعد الدين لأن الاقتصار في الحر على الثلث لأجل الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال المولى بمنزلة الوارث لأنا نقول
رضي بسقوط الإذن فصار كالوارث إذا أسقط حقه بخلاف غرمائه لأنهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا تنفذ محاباته في حقهم وإن كان
الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري أد جميع المحاباة وإلا فرد البيع كما في الحر هذا إذا كان المولى صحيحا وإن كان مريضا لا تصح
محاباة العبد إلا من ثلث مال المولى كتصرفات المولى بنفسه لأن المولى باستدامة الإذن بعد مرضه أقامه مقام نفسه فصار تصرفه
كتصرف المولى والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء ولا ينفذ الكل إلا من الثلث قال في المحيط ولو اشترى المأذون عبدا
شراء فاسدا فاغل عنده كانت الغلة له ولا يتصدق بها ولو رده على بائعه يرده مع الغلة ويتصدق البائع بها وقيل عند الإمام لا يرد الغلة
لأن الأصل عنده يكون الكسب لمن كان له الملك في الأصل وعندهما الكسب متى حدث قبل تقرر الملك يدور النماء بدوران
الأصل بخلاف تلك المسألة لأنه حين حدث الكسب في يد البائع لم يكن له حق الملك وهو حق الاسترداد حتى يسري الحق إلى
الكسب والفرق بين البائع والمأذون وإن استفاد كل واحد منهما الكسب بملك خبيث أن العبد ليس من أهل الصدقة ولا يتصدق
والبائع من أهلها فيتصدق اشترى من العبد بيعا فاسدا ثم باعه من مضارب العبد جاز ولم يكن فسخا للبيع الأول كما لو باع من
أجنبي ولا يثبت النقض بالشك ولو باع جارية بعبد ودفع الجارية ولم يقبض العبد حتى حدث بها عيب فلا يخلو إما أن تعيب قبل
هلاك العبد أو بعده وكل وجه لا يخلو من ثلاثة أوجه إما أن تعيب بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل أجنبي أما إذا حدث بها
عيب بآفة سماوية بأن ذهبت عينها ثم هلك العبد فالمأذون بالخيار إن شاء قبض جاريته ولا يتبع بنقصانها وإن شاء ضمنه قيمة جاريته
يوم قبضها لأن الجارية حين قبضت كانت مضمونة بالعبد لا بالقيمة لأن النقصان حدث في ملك صحيح للمشتري والملك متى كان
صحيحا كان مضمونا على القابض ضمان عقد وهو الثمن والأوصاف لا تفرد بالعقد فلا تفرد بضمان العقد لأنه وجب على مشتري
الجارية رد الجارية كما قبض سليمة عن العيب وكان عليه رد قيمتها يوم قبضها لأنها دخلت في ضمانه يوم القبض ولو هلك العبد
ثم ذهبت عينها فإن أخذها ضمنه نصف قيمتها لأن العبد لما هلك صارت الجارية مضمونة على مشتريها بالقيمة ولأن النقصان إنما
حدث بعد فساد الملك فيها لأن الملك قد فسد في الجارية بهلاك العبد والملك الفاسد مضمون على القابض بالقبض لا بالعقد
والأوصاف تفرد بالقبض فتفرد بضمان القبض كما في الرهن والغصب وأما إذا تعيب بفعل المشتري بأن قطع يدها أو فقأ عينها فهو
كما لو تعيب بآفة سماوية في التضمين لأن المشتري جنى على ملكه وجناية المالك على مملوكه هدر ولم يخلف بدلا فصار كأنه مات بآفة
سماوية وإن تعيبت بفعل أجنبي بأن قطع يدها أو وطئها بشبهة فأخذ أرشها أو عقرها أو ولدت من غير سيدها فإن كان قبل هلاك

العبد لم يكن للعبد الا قيمتها يوم العقد لانه لما هلك العبد فسد البيع في الجارية فوجب على مشتري الجارية ردها للفساد وقد عجز
عن ردها حكما لانه حدث بعد القبض زيادة منفصلة من الجارية في ملك صحيح ومثل هذه الزيادة تمنع انفساخ الملك في الاصل فاذا
تعذر فسخ البيع في الجارية صار المشتري عاجزا عن ردها فيغرم قيمتها وان كان بعد هلاك العبد أخذ الجارية وعقرها وولدها وارشها ان
شاء من المشتري وان شاء من الجاني لان الزيادة المنفصلة لا تمنع انفساخ البيع في ملك فاسد كما لو وقع البيع في الجارية فاسدا في
الابتداء ثم حدث منها زيادة منفصلة كان للبائع حق الاسترداد في الاصل فسرى ذلك الحق الى الزوائد ثم ان شاء ضمن المشتري لان
النقصان لو حدث بآفة سماوية كان له تضمينه فاذا حدث بفعله أولى وان شاء ضمن الجاني لان الجاني صار جانيا على ملكه لاعادة
الجارية الى قديم ملكه بالفسخ ولو حدث بها عيبان أحدهما قبل هلاك العبد والثاني بعد هلاكه فعلى هذا القياس لان العيبين
لو حدثا قبل هلاك العبد يتخير المأذون حتى لو اختار أخذ الجارية لا يكون له ضمان النقصان ولو حدثا بعد هلاك العبد فله أخذ
الجارية وله تضمين نقصان العيبين جميعا فاذا حدث أحدهما قبل هلاكه والآخر بعد هلاكه كان لكل واحد منهما حكم نفسه
هذا كله اذا تعيبت الجارية في يد مشتريها وأما اذا حدث فيها زيادة فلا يخلو اما ان كانت الزيادة منفصلة كالولد والارش أو كانت
متصلة كالسمن والجمال فان كانت منفصلة فان ولدت قبل هلاك العبد ثم مات العبد ينظر ان كان الولد قائما ليس للمأذون أخذ
الجارية لان الزيادة المنفصلة الحادثة بعد القبض في ملك صحيح تمنع انفساخ العقد في الاصل وان هلك الولد والارش كان للعبد ان
يأخذ الجارية ولا يتبعه بنقصان الولادة والجناية ان شاء وان شاء ضمنه قيمتها لان المانع من انفساخ العقد قد ارتفع وهو الزيادة
فصارت كأنها لم تكن والنقصان قائم لان الولادة في بنات آدم سبب النقصان وانه عيب على كل حال فله ان يضمنه قيمة الجارية
ولو كان مكان الجارية شاة فنتجت في يده قبل هلاك العبد لم يكن للعبد خيار ويأخذ الشاة لانه لا نقصان لان الولادة في البهائم
ليست بعيب وان هلكت الزيادة بفعل أجنبي فهو كما كان الولد قائما لان الولد مات وأخلف بدلا والفائت الى خلف كالقائم حكما
وان هلكت بفعل المشتري بان أعتق المشتري ولد الجارية ثم هلك العبد لم يكن للمأذون على الجارية سبيل لان الولد يسلم
للمشتري من وجه فانه ولي له يرث منه اذا مات ولم يكن له عصبة أقرب منه فيؤدي الى الربا ولا يجوز فسخ العيب في الجارية فان مات
الولد المعتق وترك ولدا كان للعبد ان يأخذ الجارية ان شاء ولا يتبعه بنقصانها وكذلك ان ترك ولدا لا يخير ولاؤه المشتري بان كان
المعتق تزوج بامة لرجل وحدث منها ولد ثم أعتق مولى الامة الولد لان المانع من فسخ العقد في الجارية هو الولد وقد زال هذا المانع
بلا خلف وهذه الزيادة من خصائص مسائل هذا فيجب حفظها وكذلك اذا قتل الولد المشتري فله الخيار بين الفسخ والتضمين
وهذا لا يشكل على الرواية التي قال بان الولادة عيب لازم في بنات آدم وذلك لان القتل بمنزلة الموت لان المقتول ميت باجله ولو مات
الولد في يد مشتري الجارية يتخير المأذون وكذا هذا وانما يشكل على الرواية التي قال بان الولادة ليست بعيب اذا لم توجب نقصانا
لان الولد مات ولم يخلف بدلا لان المشتري جنى على ملكه الصحيح وجناية المالك على ملكه هدر فصار كموت الولد حتف أنفه
والجواب عنه أن الولد مات وأخلف بدلا من وجه لان جناية المشتري على الولد انما تكون ملاقية ملكه ما دام ملكه في الجارية
متقررا فاما اذا انفسخ ملكه في الجارية بان أخذ الجارية ولم يضمنه النقصان كانت الجناية على الولد ملاقية ملك المأذون من وجه
لان الولد تبع للجارية لانه متولد ومتفرع عنها ولهذا ملك بسبب ملك الجارية وانفساخ الملك في الاصل يوجب انفساخ الملك
في التبع فصار جانيا على ملك المأذون على هذا الاعتبار فيضمن قيمة الولد من وجه فصح أن الولد مات وأخلف بدلا من وجه
فيتخير وان شاء أبرأه عن قيمة الولد ويأخذ الجارية وان شاء لم يبرئه وضمنه قيمة الجارية وأما اذا كانت الزيادة متصلة بان ازدادت
الجارية حسنا وجمالا أو ذهب البياض الذي في عينها قبل هلاك العبد أو بعده أخذها بزيادتها وقيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله تعالى لا يجوز استردادها قبل هلاك الغلام لما عرف من اختلافهم في الصداق اذا زاد في يده بعد القبض ثم طلقها قبل
الدخول لا يكون للزوج رد نصف الصداق الا برضا المرأة عندهما وقيل هذا قولهم جميعا فهما فرقا بين هذه المسئلة ومسئلة الصداق
والفرق ان في الصداق حق المرأة في الزيادة ولو بطل فانما يبطل قصدا بايقاع الزوج الطلاق وهو لا يملك ابطال حقها قصدا فاما حق
مشتري الجارية في الزيادة لو بطل فانما يبطل حكما لا بقصد المأذون لان بطلان حقه في الزيادة مضاف الى موت الغلام وموت الغلام
ما كان بصنع المأذون وقد يثبت حكما للشيء ضرورة ثبوته وان كان لا يثبت قصدا والاصح ان هذا على الخلاف لانه ذكر بعد هذا

ان العبد لو لم يمت لكن حدث به عيب فرد المبيع كان للمأذون ان يسترد الجارية وان كانت الزيادة المنفصلة حدثت قبل الرد فلا
الرد وحق مشتري الجارية في الزيادة هذا لو نقل انما يبطل قبضه الا به يبطل برد المعقود ورد العبد كان بقضاء وبين ان الرد بخيار
الرؤية والرد بالعيب قبل القبض بمنزلة الموت من حيث منع فسخ العقد لان العقد ينفسخ بهذا الرد كما ينفسخ بموت العبد قبل القبض
ولو كان العبد المأذون باع بالخيار ثلاثة أيام في الذي اشتراه وولدت الجارية في يد المشتري منه أو من غيره أو قطع يدها فأبان رد العبد
بخياره أخذ الجارية وارشها وعقرها وولدها لان اشتراط الخيار في العبد اشتراط الخيار في الجارية لان الخيار انما يشترط للفسخ
ولا يمكنه فسخ العقد في أحد البدلين دون الآخر فيكون اشتراط الخيار في أحد البدلين اشتراطا للخيار في الآخر ولهذا لو أعتق مشتري
الجارية بعد القبض لا ينفذ عتقها لان للبائع خيار شرط في الجارية والمشتري من قبض المشتري وللبائع فيه خيار شرط يكون المشتري
مضمونا عليه بالقيمة ولو لم يقبض الجارية حتى أعتقها قبل هلاك العبد جاز عتقه فان أعتقها بعد هلاك العبد لم يجز عتقه لان قبل هلاك
العبد عتق ملك نفسه لان البيع صحيح في الجارية وبعد هلاك العبد فسد البيع في الجارية والبيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك
ولو قبض الجارية ووجد المأذون بالعبد المبيع عيبا قبل القبض أو بعده فرده بقضاء أو برضا أو بخيار رؤية أو شرط ثم أعتق الجارية
لم يجز عتقه وكذا الرد بالعيب فسخ من كل وجه فزالت الجارية عن ملكه فصار معتقا ما لم يملك فاذا هلك العبد لا ينفسخ وانما يفسد
حتى كانت الجارية في يده صار معتقا ما يملكه فنفذ وقبل القبض لا يملكه ولا ينفذ والله تعالى أعلم قال محمد في الاصل واذا اشترى
المأذون جارية بألف درهم وقبضها ووهب البائع ثمنها من العبد وقبل العبد ذلك فهي جائزة وأراد بقوله قبل أي لم يرد وكذا لو وهب
من المولى فان باع العبد المأذون عبدا بجارية وقبض بائع العبد الجارية ثم وهب العبد من المأذون ثم وجد المأذون بالجارية عيبا
ليس له أن يردها بالعيب عند علمائنا استحسانا فلو وهب المأذون العبد قبل أن يقبض المأذون الجارية وقبل البائع فهو جائز وكان
اقالة للبيع هكذا ذكر في الكتاب قال الفقيه أبو بكر البلخي هذا قول الامام ومحمد وعلى قول أبي يوسف لا يكون اقالة فان لم يقبل
المشتري الهبة فهبة العبد باطلة ولو كان مشتري الجارية هو الذي وهب الجارية من المأذون قبل أن يقبضها وقبلها المأذون فالهبة
جائزة وكذا اذا وهب الجارية من مولى المأذون قبل القبض أما اذا وهب الجارية من مولى المأذون قبل القبض فأمره بالقبض
فقبض هل تصح الهبة هذا على وجهين اما أن يكون على العبد دين أو لا فان لم يكن على العبد دين فالهبة جائزة ويكون اقالة للبيع أما
اذا كان على العبد دين فانه لا تجوز الهبة ولا يكون اقالة حتى كان للعبد أن يأخذ الغلام من المشتري قال رحمه الله ﴿ويوكل بهما﴾
أي يجوز أن يوكل بالبيع والشراء لأنهما من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى المعين وأطلق في قوله
يوكل فشمل ما اذا كان عليه دين أو لا كان الدين مستغرقا أو لا وكل المولى أو غريم العبد مع أن الظاهر اذا لم يكن عليه دين لا يصح
توكيل المولى لان المولى أصيل في التصرف ولا ينفذ توكيل غريم العبد لانه انما يقبض لنفسه فيتصور البقية فلو قال ويوكل غير
غريم ومولى حيث لا دين لكان أولى قال في المبسوط مسائل توكيل المأذون على وجوه أحدها في توكيل المأذون الثاني في توكيل
غريم مولاه بالخصومة والثالث في توكيل الغريم عبد المولى المأذون في قبض ما على المولى من الدين الاول والعبد أن يوكل غيره
بالبيع والشراء بنقد أو نسيئة لانه من صنيع التجار وان وكل عبدا مأذونا ببيع متاعه فباعه من رجل له على المأمور دين صار
قصاصا عندهما خلافا لأبي يوسف لأن عندهما الوكيل يملك ابراء المشتري عن الثمن وعنده لا والوكيل مع الموكل اذا باعاه معا فبيع
الموكل أولى الثاني اذا كان على العبد دين فوكل الغريم مولاه بقبضه لم يجز ولم يبرأ العبد من الدين لان المولى في قبض الدين من
عبده عامل لنفسه والاصل أن العامل لنفسه لا يصلح أن يكون نائبا عن غيره وذكر في كتاب الوكالة أنه يصح قبضه فان عاين
الشهود قبضه رده ان كان قائما وان هلك لم يضمن لان قبضه اذن المديون والغريم الرابع في توكيل الشريك العبد والاجنبي المولى
في دينهما فالاول العبد التاجر ولرجل آخر على رجل ألف درهم فوكل الشريك العبد بقبضه لم تجز الوكالة وما قبضه يكون بينهما
نصفين ولو هلك المقبوض في يده هلك من مالهما الثاني من الثالث اذا كان للمأذون وشريكه على رجل ألف درهم فجحدها فوكلا
المولى بالخصومة مع غريمهما جاز كما لو وكل المأذون مولاه بالخصومة وان أقر المولى في مجلس القاضي بايفاء الخصم لهما جاز اقراره كان
على العبد دين أو لا لأن اقرار الوكيل على الموكل بالخصومة على موكله جائز ثم هل يرجع أحد الشريكين على صاحبه لا يخلو اما أن
كذبا الوكيل في اقراره أو صدقاه أو كذبه أحدهما وصدقه الآخر فان صدقاه في اقراره فلا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء وكذا

ان كذباه وان صدقه أحدهما وادعى على العبد دينا رجع الشريك في رقبته بنصف حصته وان كان عليه دين لم يرجع على العبد ولا على مولاه حتى يقضي دينه فان فضل فيصح فيما يفضل عن دين الغريم وان صدقه الشريك وكذبه العبد لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء سواء كان على العبد دين أولا ولو وكل الشريك العبد بالخصومة فأقر أن الشريك قد استوفى حقه برئ الغريم من نصف الدين ولا ضمان على العبد ويقبض العبد نصف الدين ويكون بينه وبين شريكه ولو ادعى شريك العبد أن العبد قبض حقه ووكل العبد مولاه بخصومته أو بعض غرمائه فأقر الوكيل باستيفاء العبد فللشريك أن يأخذ العبد ربع الدين ويرجع على المديون بربعه وكذا لو أقر العبد بذلك وإذا وكل مأذونا يشتري له بالنسيئة لم تجز الوكالة ولو لم يذكر النسيئة جاز استحسانا فإذا أخذ الأجل يكون للبائع أن يأخذ الثمن من العبد ثم يرجع العبد بما أدى على الموكل ولو كان الوكيل صبيا أو محجورا أو معتوها ثم أدرك أو أفاق لم تعد العهدة إليه لأنهما وقت العقد ليسا من أهل العهدة بخلاف الوكيل إذا جن فأفاق أو أسلم المرتد تعود العهدة عليهما لأنهما وقت العهدة من أهلها الخامس لو كان على المولى دين لرجل فوكل عبده بقبض ذلك جاز فإن أقر بقبض ذلك والهلاك في يده صدق لأن العبد فيما يقبض عامل لغيره لا لنفسه لرجل على عبدين مأذونين في التجارة دين فوكل أحدهما بقبضه جازت الوكالة لأن العبد يصلح وكيلا للأجنبي بقبض الدين من مولاه ولو أقر بقبضه صدق فيه مع يمينه وإن نكل عن اليمين لزمه ذلك على العبد دين فوكل الغريم ابن العبد أو أباه أو عبد أبيه أو مكاتبه فأقر الوكيل بقبض ذلك صدق لأنه لو وكل عبده بذلك جاز فلو وكل ابنه بذلك لكان أولى قال رحمه الله ﴿ويرهن ويرتهن﴾ لأنهما من توابع التجارة لأنهما إيفاء واستيفاء ويتقرر ذلك بالهلاك قال في الأصل إذا كان على العبد دين فرهن به رهنا ووضعاه على مولاه فهلك في يده لم يبطل دين الغريم وهلك الرهن من مال العبد لأن المولى لا يصلح وكيلا بقبض الدين من عبده فكذا لا يصلح عدلا ولو لحق المأذون دين فأراد أن يرهن عبدا من بعض الغرماء فللباقين المنع لأن الرهن إيفاء حكما وأطلق قوله يرهن فشمل ما إذا كان عليه دين أولا كان مستغرقا أولا رهن عند المولى أو عند بعض الغرماء أما إذا لم يكن عليه دين لا يصح أن يرهن من المولى وكذا لو لم يكن عليه دين لأنه إذا لم يصلح أن يكون عدلا لا يصلح أن يكون مرتهنا ولو رهن من بعض الغرماء يتوقف كما ذكر في الأصل قال رحمه الله ﴿ويستأجر ويضارب﴾ لأنه من صنيع التجار فيجوز له المضاربة أخذا ودفعا وكذا الإجارة بأن يؤجر غلمانه ويستأجر أجراء وله أن يدفع الأرض مزارعة ويأخذها ومساقاة لأن كل ذلك من عمل التجار قال عليه الصلاة والسلام الزارع تاجر ربه وله أن يشتري طعاما ويزرعه فيها ويستأجر البيوت والحوانيت ويؤجرها لما فيه من تحصيل المال ويشارك شركة عنان ولا يشارك شركة مفاوضة لأنها تنعقد على الوكالة والكفالة والكفالة لا تدخل تحت الإذن ولو فعلا ذلك كانت عنانا لأن المفاوضة عنان وزيادة فصحت بقدر ما يملكه المأذون وهو الوكالة قال رحمه الله ﴿ويؤجر نفسه﴾ يعني المأذون يؤجر نفسه وقد قدمناه وقال الإمام الشافعي لا يملك ذلك لأن الإذن لم يتناول التصرف في نفسه ولهذا لا يملك أن يبيع نفسه ولا أن يرهنها قلنا الإذن يتضمن اكتساب المنافع والإجارة منه بخلاف البيع والرهن لأنه يبطل الإذن قال رحمه الله ﴿ويقر بدين وغصب ووديعة﴾ لأن الإقرار من توابع التجارة لأنه لو لم يصح إقراره لم يعامله أحد ولا بد من قبول إقراره فيما هو من باب التجارة والإقرار بالدين منه وكذا الغصب لأن ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا لأنه يملك المغصوب بالضمان فكان من باب التجارة ومن باب المعاوضة وكذا لو أقر به أحد المتفاوضين كان شريكه مطالبا به ولو اشترى جارية شراء فاسدا فأقر أنه وطئها يجب عليه العقر للحال لأن لزومه باعتبار الشراء إذ لولاه لوجب الحد دون العقر بخلاف ما إذا أقر أنه وطئها بالنكاح حيث لا يظهر وجوب العقر في الحال في حق المولى ويؤخذ به بعد الحرية لأنه ليس من باب التجارة لأنه لا يجد بدا منه فكان من توابعها ولوازمها وأطلق في قوله أقر وما بعده فشمل ما إذا أقر للمولى أو لغيره وما إذا كان عليه دين أولا وما إذا كان في صحته أو مرضه أما الأول وهو ما إذا أقر للمولى قال في المبسوط إذا أقر المأذون بعين في يده لمولاه إن لم يكن عليه دين جاز وكذا العبد لمولاه وإلا فلا لأن الإقرار لم يلاق حق أحد وقد يفيد المولى فائدة إذا لحق العبد دين لا يتعلق به حق الغرماء ولو أقر بدين لمولاه لا يجوز كان عليه دين أولا لأن المولى لا يستحق عليه دينا ومثله لو أقر لعبد مولاه المحجور ولو أقر لعبد مولاه المأذون بدين إن كان على المقر له دين لا يصح إقراره لأنه إقرار للمولى ولو أقر بألفين لمكاتب مولاه ولا دين عليه يصح كما لو أقر للمولى ولو كان عليه دين لا يصح ولو أقر بالدين لمكاتب مولاه صح كان على المقر له دين أولا لأن المكاتب يصح أن يثبت له دين على مولاه فعلى عبد مولاه أولى ولو أقر لابن مولاه أو لأبيه بوديعة أو دين وعليه دين صدق ولو أقر لابن نفسه أو لأبيه أو لمكاتب أبيه لم يصح عليه دين أولا عند الإمام وقالا يصح وبيان الدليل من الجانبين مذكور فيه وأما إذا أقر لغير

المولى فهو صحيح كان عليه دين أولا فلو فى الحيرة ولو صدقه ولان الاقتصاص سكاح فاسد بدأ بدين الغرماء فان فضل شئ أخذه سيد الامة من عقرها لان ضمان العقر بمنزلة ضمان الجناية وفى ضمان الجناية لا يصدق العبد فى حق الغرماء كما لو أقر بقطع يد أو رجل ولو أقر بحرية الجارية التى فى يده لا يصح لانه لا يملك انشاء حرية طارئة للحال ولا يملك الاقرار بها ومتى أقر بحرية أصلية يصح لان الحرية الاصلية غير ثابتة باقراره بل مضافة الى الذات ولو اشترى عبدا من رجل وقبضه ثم أقر أن البائع أعتقه أو دبره أو استولدها ان كانت أمة لم يصدق وفيه الا أنه أقر بحرية طارئة فان صدقه البائع انتقض البيع ويرد عليه الثمن لان التصديق من البائع اقرار منه بانشاء هذه الاشياء وهو يملك انشاء هذه التصرفات فيملك الاقرار بها ولم يصدق العبد فى نقض البيع لانه يملك نقض البيع ولو قال باعها من فلان قبل أن يبيعها منى صدق ولا يرجع بالثمن على البائع الا أن يأبى اليمين أو يقيم عليه البينة أو يصدقه وذكر فى الزيادات أنه لا تصح دعواه ولا تقبل بينته ولا يستحلف البائع اذا أنكر لانه يناقض ولو أقر بالعين لا جنبى جاز اذا أقر بملكه أو يحمل على المعاوضة ولو باع المأذون عبده فقال المشترى انه حر وصدقه المأذون لا يصدق ويعتق على المشترى اذا أقر المأذون المديون أو غير المديون بدين كان عليه وهو محجور من غصب أو وديعة استهلكها أو مضاربة أو عارية خالفه فيها فان كذبه رب المال وقال هذا كله فى حال اذنك لم يصدق العبد فى شئ منه ولزمه كله وان صدقه رب المال لزمه الغصب خاصة لان الغصب يوجب الضمان للحال بخلاف غيره لانه أضاف الاقرار الى حالة تنافيه ولو أذن له ثم حجر ثم أذن فان كان عبدا أو صبيا حرا فقال استهلكته كله فى حال اذنى الاول لزمه كله صدقه المقر له أو كذبه لان الاقرار بهذه الاشياء فى الاذن معتبر بالاذن الاول ولو حجر على عبده ولا مال فى يده ثم أقر بعد ذلك كله اذنه فى حال اذنه لم يلزمه الا بعد العتق لانه محجور أقر على نفسه وان أذن له مرة أخرى سئل عما أقر به فان قال كان حقا لزمه وان قال كان باطلا تأخر حتى يعتق ومثله الصبى والمعتوه وأما اذا كان عليه دين أو فى صحته أو مرضه فقد بيناه فى ضمن التقرير وأما اذا أقر المأذون فى مرض مولاه قال فى المبسوط وهو على وجهين أحدهما أن يقر العبد والثانى فى اقرارهما فالاول اذا أقر العبد فى مرض المولى وعلى المولى دين ان كان عليه دين الصحة محيط بجميع ماله ورقبة العبد لا يصح اقرار العبد وان كان على المولى دين المرض صح اقراره ثم المسائل على أقسام أما الاول اذا كان على المولى دين الصحة ولا دين على العبد أو على العبد ولا دين على المولى أو على كل واحد منهما دين الاول لو أقر المأذون فى مرض مولاه بدين ولا دين عليه وعلى المولى دين الصحة جعل كان المولى أقر فى مرضه ويبدأ بدين الصحة كاقرار المولى على نفسه فى هذه الحالة وان لم يكن على المولى دين فى صحته فتداين فى مرضه بخلاف الان اقرار العبد بالدين صحيح فى حق غرمائه وان تضمن ابطال حقه الثانى لو كان على العبد دين ولا دين على المولى فى صحته فاقرار العبد بذلك صحيح لان المأذون انما يصير محجورا عليه فى مرض سيده اذا كان على السيد دين فى الصحة يحيط بماله ورقبة العبد وما فى يده فيصير العبد محجورا حينئذ الثالث اذا كان على كل واحد منهما دين الصحة فأقر العبد بدين فى مرض مولاه فلا يخلو اما أن يكون برقبة العبد وما فى يده لا يفضل عن دينه أو يفضل عن دينه ولا يفضل عن دين المولى أو يفضل عنهما فان لم يفضل عن دينه لا يصح اقراره لان شغل ما فى يده ورقبته يمنع صحة اقراره فان فضل عن دينه وعلى المولى دين الصحة يكون الفاضل لغرماء صحة المولى وأما اذا فضل عن دينهما فانه يصح اقراره فى ذلك الفاضل ولو لم يكن على أحدهما دين فأقر المولى فى مرضه بألف على نفسه ثم أقر العبد بألف تحاصا فى ثمن العبد ولو أقر العبد أولا ثم المولى بدئ بدين العبد وفى المحيط قال أبو يوسف اذا أبق العبد المأذون أو حجر عليه أو باعه سيده حل الدين الذى عليه مؤجلا وان أعتقه لم يحل عليه الدين وكان الى أجله لان العتق لم تنقطع ولاية التجارة بل استفادها قال رحمه الله ﴿ولا يتزوج﴾ لانه ليس من باب التجارة ولانه فيه ضرر على المولى لوجوب المهر والنفقة فى رقبته وفى المحيط فى حجر المأذون ولو اشترى المأذون أمة فتسرى بها وولدت له ثبت نسبه منه ولا تخرج الأمة وولدها من التجارة وكذا لو تزوج أمة بغير بينة ما دام المولى لم تخرج الأمة وولدها من التجارة فان كان النكاح بينه خرجت من التجارة قال الحاكم أبو الفضل يحتمل أن يكون هذا الجواب فى أمة تاجرة اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يزوج مملوكه﴾ أطلقه فشمل ما اذا كان عليه دين أو لا وجه من المولى ولا دين عليه أو من غيره وقال الثانى يزوج الامة دون العبد لان فيه تحصيل النفقة والمهر فأشبه اجارتها ولهذا جاز للمكاتب ووصى الاب والاب ولهما أن الاذن يتناول التجارة والتزويج ليس منها ولهذا لا يملك تزويج العبد بالاتفاق والاب والوصى تصرفهما بالنظر الى الصغير وفى تزويج الامة النظر المذكور وعلى هذا

الحكم في الصبي والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك شركة عنان ومفاوضة وفي الهداية من الاب والوصي على هذا الخلاف
حتى قالوا في المكاتب فانه ذكر المسئلة في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا ولم يذكر فيه خلافا بل ذكرها كما في الكتاب وكذا
في عامة كتب أصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة فيما تقولان وجه ابن المولى ولا دين عليه قال في المنتقى اشترى
المأذون جارية ولا دين عليه فزوجها من المولى جاز وقد خرجت الجارية من التجارة وليس له أن يبيعها ولا يبيع ولدها ولو لحقه دين
لان المولى صار كأنه عبده وان كان عليه دين لم يجز النكاح وله أن يبيعها ويبيع ولدها لانهما ملك لعبد وان قضى دينه
فالنكاح جائز وهو بمنزلة تزويجه ولا دين عليه اه قال رحمه الله ﴿ولا يكاتب﴾ لانه ليس من باب التجارة وهي مبادلة المال بالمال
والبدل في الحال فلما لم يكن تجارة لم يكن من باب التجارة ولان الكتابة أقوى من الحجر لان الكتابة توجب حرية اليد في الحال
وحرية الرقبة في المآل والاذن لا يوجب شيأ من ذلك والشئ لا يستتبع ما هو فوقه الا اذا أجازه المولى ولم يكن على العبد دين
لان الامتناع لحقه وقد أجازه المولى جاز وذكر في النهاية انه اذا كان على العبد دين قليل أو كثير فكتابته باطلة وان أجازها
لان قيام الدين يمنعه من ذلك قل أو كثر وهذا مشكل لان الدين اذا لم يكن مستغرقا لماله بعد ورقبته لا يمنع الدخول في ملك
المولى واعتاقه فيما اذا كان الدين مستغرقا فعند الامام يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع واذا أدى المكاتب
البدل الى المولى قبل الاجازة ثم أجاز المولى لا يعتق ويسلم العوض للمولى لانه كسب عبده قال رحمه الله ﴿ولا يعتق﴾ أطلقه
فشمل ما اذا كان على مال أو لا لانه فوق الكتابة فكان أولى بالامتناع وان أجازه المولى ولم يكن عليه دين جاز وكأنه فصل
العوض اليه ان كان العتق على مال فان كان عليه دين مستغرق لم ينفذ عند الامام وينفذ عندهما بناء على انه يملك ما في يده أم لا
وقيد بالاعتاق لانه لو أقر بحرية جارية أو صلبية فراجعه قال رحمه الله ﴿ولا يقرض﴾ لانه تبرع ابتداء وهو لا يملكه وينبغي ان يقال اذا كان
درهما وما بعده فاما ما دونه فيجوز ان يقرض كما في الحبة قال رحمه الله ﴿ولا يهب﴾ أطلقه فشمل ما اذا كان بعوض أو لا لانه
تبرع ابتداء وانتهاء وأطلق في منع الهبة فشمل ما قيمته درهم وما دونه وفي المحيط ولا يهب عندنا اذا نقص قيمته درهما فصاعدا
ويجوز فيما دون الدرهم لانه من صنيع التجار لانه لا بد للتجار منه ليعرف ويميل قلب الناس اليه اه قال رحمه الله ﴿ويهدي
طعاما يسيرا ويضيف من يطعمه﴾ لان التجار يحتاجون اليه لاستمالة قلوب المجاهزين وعن الثاني المحجور عليه اذا دفع
اليه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه عليه ولا بأس به بخلاف ما اذا دفع قوت شهر لانهم اذا أكلوه قبل الشهر سأل المولى ولا يمكن
ان يتخذ الضيافة مقدار لانه يختلف باختلاف الناس واختلاف المال ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها بالرغيف ونحوه
لان الزوج لا يأذن فيه عادة قال محمد وتصدق المأذون بالرغيف ونحوه واستحسنوا ذلك في الطعام وفيما اذا أعار دابته أو ثوبه
لتركبها أو ثوبا يلبسه لا بأس به ولم يذكر في الكتاب الضيافة اليسيرة وقدرها محمد بن سلمة البلخي فقال ان كان مال التجارة عشرة
آلاف فالضيافة عشرة دراهم وان كان مال التجارة عشرة فالضيافة بدانق كذا في المحيط قال رحمه الله ﴿ويحط من الثمن بعيب﴾
أطلقه فشمل ما اذا كان قدر العيب أو أكثر أو أقل وهو مقيد بما اذا كان قدره أو دون قدره فكان أولى لانه من صنيع التجار
وقد يكون الحط أنظر له من قبول العيب بخلاف الحط من غير عيب أو الحط أكثر من العادة لانه تبرع محض بعد تمام العقد
وهو ليس من صنيع التجار ولا ضرورة اليه بخلاف الحط ابتداء لانه قد يحتاج اليه التاجر وله أن يؤخر الدين وجب له لانه من عادة
التجار وفي المحيط فأما اذا كان المحطوط أكثر مما يحط العيب من الثمن بحيث لا يتغابن في مثله هل يجوز لم يذكره في الكتاب
واختلفوا فيه فقيل يجوز عند الامام وعندهما لا يجوز لان الحط بمنزلة البيع والشراء وهو لا يملكه لمعنى اه اشتمل عندهما وعنده
يملكه وقيل لا يجوز بالاجماع لان الحط ليس بتجارة اه أطلق في قوله فشمل قبل الحجر وبعده وأطلق العيب فشمل ما اذا أقر به
أو ثبت قال في المنتقى باع العبد المأذون عبدا في تجارته ثم حجر عليه مولاه ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فالخصم في الرد بالعيب هو العبد
وان أقر العبد بالعيب لم يلزمه وان نكل عن اليمين قضى عليه جاز اه قيد بكون حط الثمن للعيب وفي المحيط قال محمد في الاصل
اذا باع العبد المأذون عبدا واطلع المشتري على عيب يحدث مثله وخاصم المأذون في ذلك فسأله من غير قضاء القاضي ولا بينة فقبوله
جائز ولو ان عبدا مأذونا باع من رجل جارية فقبضها المشتري فوجد بها عيبا فرد القاضي الجارية على العبد وأخذ منه الثمن ثم ان
العبد وجد بها عيبا حدث عند المشتري ولم يعلم به القاضي وقت الرد ولا علم القاضي فذلك للمأذون الخيار ان شاء نقض البيع

ورد الجارية على المشتري وحصته لتبين الامتداد العيب الذي كان عنده وان شاء أجاز البيع وأمسك الجارية ولم يرجع على المشتري بنقصان العيب اهـ ولو قال وخلا من العوض لكان أولى لانه يشمل ما اذا باع سلعة بسلعة كان يخدمه اذا كان مكيلاً أو موزوناً ومن اشتراه اذا كان وهما قال رحمه الله ﴿وديونه تتعلق برقبته﴾ يعني عندنا وقال الامام الشافعي وزفر تتعلق بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته بل يباع كسبه بالاجماع ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى فتتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات وفي تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحامل لهم على المعاملة وبه يحصل مقصود المولى بتعلقه بكسبه لا بملكه رقبته فيباع فيهما جميعاً ويبدأ بيع كسبه لانه أهون على المولى مع بقاء حق الغرماء قال في العناية فان لم يكن له كسب تعلق الدين برقبته اهـ فلو قال المؤلف وديونه متعلقة بكسبه ورقبته لكان أولى وأكثر فائدة لانه يفيد تأخر تعلقه بالرقبة عن الكسب ان كان وقيد بقيد قال في المحيط واذا أخذ المولى شيئاً من كسب عبده المأذون ثم لحقه دين سلم المولى ما أخذه ان كان عليه دين يوم أخذه قليلاً أو كثيراً سلم للمولى ما أخذه وظاهر ذلك فيما اذا لحقه دين آخر ورد المولى جميع ما كان أخذه لا بالتوجه لا بقاء بعضه مشغولاً بالمديون ووجب على المولى رد قدر المشغول على الغريم الاول فاذا أخذه كان للغريم الثاني ان يشاركه فيه ان كان دينهما سواء وكان للغريم الاول ان يرجع بما أخذه منه على السيد واذا أخذه منه ثانياً كان للغريم الآخر ان يشاركه ثم وثم الى ان يأخذ جميع ما أخذ من كسبه ولو أخذ المولى من المأذون ضريبة مثله وعليه دين سلمت للمولى استحساناً لان للمولى ان يستخدم المأذون لان المنافع باقية على ملكه فاذا شرط عليه غلة المثل فقد ترك عليه الخدمة عوضاً عنها فكان ما أخذه عوضاً بخلاف ما اذا زاد على غلة المثل لانه أخذه بغير عوض عليه دين حين أخذه وفي يده عبد قيمته ألف فأخذه مولاه ثم لحقه دين ألف ثم أراد الاول ابراء العبد عن دينه لم يسلم للمولى ما أخذه ولو أبرأه بعد لحوق الدين سلم للمولى ما أخذه كله وكان كسبه فارغاً عن دين فملك المولى كسبه وخرج المأخوذ عن كونه كسب العبد بخلاف ما اذا أبرأه بعد لحوق الدين فقد أبرأه بعدما تعلق به حق الغرماء فصار مشغولاً ولو لم يبرئه الاول ولكن قال لم يكن لي على العبد دين قليل ولا كثير بعدما لحقه الدين الثاني سلم للمولى ما أخذه كله لانه لما قال لم يكن لي عليه دين أقر بذلك كاذباً فقد كذب العبد في اقراره فبطل اقراره من الاصل فظهر انه لم يكن عليه دين فصح أخذ المولى وبالابراء لم يظهر انه لم يكن عليه دين لان الابراء اسقاط بعد الوجوب فلم يصح أخذه ولو كان المولى صدق عبده حين أقر للاول بالدين ثم لحقه دين الثاني ثم قال الاول لم يكن لي عليه شيء لم يسلم للمولى ما قبض لان المولى لما صدق عبده في الدين فقد أقر ان ما أخذه كان مشغولاً بالاول الثاني فقد أقر لرجلين بخلاف ما اذا صدق المولى الغريم في قوله لا دين وكذبه العبد لا يصح اقرار العبد في حق ما في يد المولى لانه اقرار على الغير في يده وقوله وديونه متعلقة صادق بدين للمولى أولابنه أولا بن العبد الحر أولابنه أولا حتى وقد قدمنا بيانه قال رحمه الله ﴿يباع فيه ان لم يفده السيد﴾ يعني اذا تعلق الدين برقبته حيث لا كسب له يباع فيه رقبته دفعاً للضرر عن الغرماء ولا يعجل القاضي بيعه بل يتلوم لاحتمال ان يكون له مال يقدم أو دين يقتضيه فاذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه لان القاضي نصب ناظراً للمسلمين ولم يقدر مدة التلوم قيل هو مفوض الى رأي القاضي وقيل يقدر بثلاثة أيام ولا يبيعه القاضي الا بحضرة مولاه أو نائبه فاذا خرج العبد الى مصر وتصرف ولحقه ديون وفي يده أموال وقال أنا محجور علي وكذبه الغرماء باع القاضي كسبه استحساناً ولا يبيع رقبته حتى يحضر المولى كذا في المحيط قال في العناية فان قيل ما وجه البيع على قول الامام وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير رضاه مولاه تجر عليه أجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك محجوراً واعتبر بيعه اذ لا يجوز للمولى ان يبيع العبد المأذون بغير رضا الغرماء وتجر المحجور عليه متصور فقوله ان لم يفده سيده اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضراً فأما اذا كان غائباً فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز بيعه الا بحضرة المولى أو نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائباً فان الخصم فيه هو العبد فلشرطه حضور العبد اهـ قال الشارح والمراد بالدين ما ظهر في حق المولى وأما ما لا يظهر في حقه فلا يباع فيه وانما يطالبه المولى به بعد الحرية وفي المحيط ولا يجوز بيع العبد المأذون بامر بعض الغرماء الا برضا الباقين وكون القاضي هو الذي باعه و يعزل نصيب الغائب عنهم لان للمولى في العبد حق ملك وللغرماء حق الاستيفاء فيباع لتصل اليهم كال حقهم وهذا الحق موقوف عليهم فيبيع المولى فيشرط اذنهم فيه اهـ وفيه أيضاً واذا ولدت المأذونة المديونة بعد

لحوقها دين لزم الدين الولد والام ويباعان فيه لان دين الام حق ثبت في رقبتها فيسري الى الولد وان لحقها بعد الولادة لا يباع
الولد وهو للمولى لان الدين انما تعلق برقبتها حال انفصاله فلا يتعلق بالولد وأما الهبة والكسب فيباعان في الدين وان استفادهما
قبل الدين والفرق ان الكسب ينسب المكاتب حقيقة وحكما بكل حال لانه حدث بكسبه وفعله والولد ينسب الانفصال
ويصير أصلا حال الانفصال ولو كان عليها ألف قبل الولادة وألف بعد الولادة فالولد للاول خاصة ولا يدفع الولد بجناية
الام وان ولدت بعد الجناية لان موجب الجناية لا يثبت في رقبة الجاني بل يخير المولى بين الدفع والفداء والولد ليس بجان
فلم يجب دفعه قال رحمه الله ﴿وقسم ثمنه بالحصص﴾ أي بين الغرماء لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصون من
الاستيفاء وفاء من البدل كما في التركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت فان فضل
شئ من ديونه طولب به بعد الحرية ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع الناس عن شراء المأذون ودفعا للضرر عن المشتري لانه لما لم
يؤذن في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه ولا يلزم ما لو اشتراه الاذن فانه لا يباع ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل
الملك لا يبدل العين كذا في الغاية قال في المبسوط الاصل ان دين العبد أقوى من دين المولى ولهذا يقدم دين العبد على دين المولى
في الايفاء من رقبة العبد وهنا مسائل أحدها في دين الوارث على عبد الميت مع دين الميت والثاني في دين الميت ودين العبد
الموصى له والثالث في هبة المريض عبده لرجل وللموهوب له على العبد دين الاول اذا هلك الرجل وعليه دين ألف درهم وترك
ابنين وعبدا قيمته ألف لا مال له غيره ولاحد الابنين على العبد خمسمائة يباع العبد ويستوفي الابن دينه ثم يستوفي الاجنبي
خمسمائة ثانية لان دين الوارث دين العبد ودين الاجنبي دين على المولى ودين العبد متقدم على دين المولى وان كان دين الميت
خمسمائة والمسئلة بحالها يسقط نصف دين الابن ويستوفي نصفه أولا ثم يستوفي الاجنبي دينه خمسمائة بقي مائتان وخمسون ثلثاها
للابن المدين وثلثها للابن الآخر لان الدين غير محيط وصار العبد ميراثا بين الابنين وسقط نصف دين الابن الذي في نصيبه لان
المولى لا يستوجب على عبده دينا الثاني هلك عن دين خمسمائة وابنين وعبد قيمته ألف وأوصى لرجل له على العبد دين خمسمائة
بثلث ماله بطل ثلث الدين الموصى له ويستوفي ثلثيه والاجنبي خمسمائة دينه لان الدين غير محيط بالتركة ويملك الموصى له ثلث
دينه وبقي ثلث دينه في نصيب الورثة فيتوفر ذلك من قيمة العبد وهي ألف ثم يأخذ الغريم كمال حقه خمسمائة والباقي بين الاجنبي
والموصى له نصفان ولو كان دين الميت ألف يستوفي الموصى له تمام دينه أولا ثم غريم الميت خمسمائة الثالث لو كان له عبد وهبه
في مرضه ممن له على العبد دين ألف درهم ولا دين له غيره فان أجازت الورثة سلم العبد كله له وسقط دينه وان أبت ردت ثلثي العبد
بغير دينه وسلم له ثلثه وفي المبسوط شريكان أذنا لعبدهما في التجارة ولا يعلم أنهما كانا شريكين شركة ملك أو مفاوضة أو عنان
فان كانا شريكي ملك أذنا لعبدهما في التجارة فادانه كل واحد منهما مائة درهم وأدانه الاجنبي مائة فاشترى عبدا فبيع العبد
بمائة أو مات العبد عن مائة كان نصفها للاجنبي والنصف بينهما قاله الامام قال تعتبر القسمة في هذه المسائل على طريق العول
وفيها القسمة عندهما على طريق المنازعة وسيأتي بيان ذلك في كتاب الوصايا ولو كانا شريكين مفاوضة أو عنانا وبينهما عبد
ليس من شركتهما فأدانه أحدهما مائة من شركتهما وأجنبي مائة فبيع العبد بمائة فثلثاه للاجنبي وثلثها بينهما عند الامام لان
دين الاجنبي وجب كله ودين المولى ثبت نصفه وعندهما قيل يقسم كما قال الامام وقيل يجب ان يقسم على ثمانية أسهم ثلاثة
أرباعها للاجنبي وربعها بين المولين ويطلب بيان التعليل في المبسوط فان كان العبد من شركتهما والمسئلة بحالها فالمائة
كلها للاجنبي لان الدين للشركة والعبد للشركة بينهما عبد مأذون فادانه أحدهما مائة وأجنبي مائة وغاب الذي لم يدن وحضر
الاجنبي ومن نصيب الذي أدان في دينه يؤاخذ كله للاجنبي ولا يباع نصيب الغائب قال في المحيط واذا شهد لمسلم مسلمان على
عبد كافر تاجر بألف ومولاه مسلم ولمسلم كافران بألف بيع العبد ويبدأ بدين الذي شهد له المسلمان فان بقي شئ كان للآخر وانما
يبدأ بدين المسلم لانه حجة في حق المولى والعبد وحجة الثاني قاصرة لانها حجة في حق العبد دون المولى ولو كان الاول كافرا فانهما
يتحاصان ولو صدق ان العبد الذي شهد له الكافر اشتركا جميعا ولو شهد لمسلم كافران ولكافر مسلمان تحاصا لان بينة كل واحد
منهما استوت في كونها حجة في حق العبد ولو كان أرباب الدين ثلاثة مسلمان وكافر فشهد للكافر مسلمان ولاحد المسلمين كافران
وللآخر مسلمان بدئ بدين المسلم الذي شهد له المسلمان وما بقي يستويان فيه لاستواء حجتهما عبد كافر مأذون له مولاه مسلم

وقام عليه مسلم أو كافر كافر بدين ألف كانت له فيسترد من المقضي له ويدفع إلى المسلم لانهما لو اقترنا أو أقاما معا قدمت حجة
المسلم الذي شهد له مسلمان عليهما فكذا اذا تأخرت وان كان أسلمي كافر اشارك المقضي له الاول ولو شهد لمسلم حربيان بدين
ألف على عبد تاجر حربي دخل دارنا بأمان وشهد لمسلم ذميان بدين ألف وشهد مسلمان لذمي بألف فبيع العبد بألف يكون الحربي
والذمي نصفين ويأخذ المسلم نصفهما أخذ الحربي لان البينة الحربية ليست حجة في حق المسلم والذمي أصلا فصار كأن المسلم لم يقم
بينة في حقهما وبينة الذمي حجة في حق المسلم من وجه دون وجه لان الذمي متى دار فلا بد من تقدم الذمي على المسلم في الاستحقاق
لزيادة حجتهم المسلم مع الذمي استويا في الحجة لان بينة الحربي حجة في حق الحربي والبينة المسلمة حجة في حق المسلم ولو شهد لذمي
حربيان وشهد لمسلم ذميان وشهد لحربي مسلمان كان الثمن للحربي والمسلم ثم شارك الذمي الحربي فيما خصه لان شهادة المسلم
للذمي حجة في حق الحربي وشهادة الحربي للمسلم حجة في حق المسلم فقد استويا في الحجة فيقضي بينهما نصفان ولا يدخل في نصف
المسلم ولو شهد المسلمان للذمي والذميان للحربي والحربيان للمسلم كان بين الذمي والحربي نصفان ثم يأخذ المسلم نصفهما أخذه
الحربي قال رحمه الله ﴿ وما بقي طولب به بعد عتقه ﴾ يعني ما بقي من الدين بعد قسمة الثمن يطالب به بعد الحرية لان الغرماء بالخيار
ان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا باعوه لم يبق لهم تعلق به لان من هو مخير بين شيئين أو أشياء فاختار أحدهما بطل خياره في
غيره ولما كان الاذن تارة يكون شائعا ولا يحجر الا بالحجر الشائع وتارة يكون غير شائع فيحجر بالحجر غير الشائع قال رحمه الله
﴿ ويحجر بحجر وان علم به أكثر أهل سوقه ﴾ وقال الشافعي الحجر صحيح وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه ولنا ان حجره لو صح
بدون علمهم لتضرروا به لانه اذا اكتسب شيأ فالمولى يأخذه فيتأخر حقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم لانه قد يعتق وقد
لا يعتق وفيما الاكثر وهو الاستحسان لان اعلام الكل متعذر أو متعسر ولو حجر عليه بحضرة الاول لم يصر محجورا عليه
حتى لو باعه من علمه ومن لم يعلم جاز البيع لانه لما صار مأذونا له في حق من لم يعلم صار مأذونا له في حق من علم أيضا لان الاذن
لا يتجزأ ويشترط علم العبد أيضا ويبقى مأذونا له حتى يعلم بالحجر وفي المحيط أصله أن الحجر الخاص لا يرد على الاذن العام ويرد
على الاذن الخاص بان أذن له بحضرة رجل أو رجلين وثلاثة فحجر بحضرة هؤلاء يصح ولو رآه المولى يبيع ويشتري بعد
ما حجر عليه قبل أن يعلم العبد فلم ينهه ثم علم العبد بالحجر بقي مأذونا استحسانا ووجهه أن سكوت المولى اجازة حال رؤية عبده
يبيع ويشتري يرفع الحجر الثابت فلان يرفع الموقوف أولى ولو أرسل اليه صبيا بحجره أو كتب اليه صار محجورا لان الرسالة
والكتابة من الغائب بمنزلة المشافهة من الحاضر سواء كان الرسول عدلا أو فاسقا حرا أو عبدا وان أخبره بالحجر رجل أو صبي من
غير رسالة لم يكن حجرا حتى يخبره رجلان أو رجل عدل يعرفه العبد عند الامام وعندهما يصير محجورا عليه كان المخبر حرا أو عبدا
عدلا أو فاسقا أو صبيا وفي الخانية فرق الامام بين الاذن والحجر فعنده لا يثبت الحجر بخبر الواحد الا اذا كان عدلا أو اثنان ويثبت
الاذن بقول الفضولي الواحد على كل حال وذكر الشيخ خواهر زاده عن الفقيه أبي بكر البلخي انه لا فرق بينهما وانما يصير
مأذونا اذا كان الخبر صادقا عند العبد وكذا الحجر والفتوى على هذا القول اهـ هذا اذا حضر المولى وصدقه فلو حضر المولى
وكذبه لا يصير محجورا عليه واذا أذن العبد المأذون لعبده في التجارة ثم حجر المولى على الاول ان كان عليه دين يحجر على
الثاني ومثله لو مات الاول وعليه دين وان لم يكن على الاول دين لم يحجر على الثاني في الوجهين لانه متى كان على الاول دين لا يملك
المولى اذن العبد الثاني وان لم يكن عليه دين فالمولى يملك أن يأذن للثاني فصار المولى آذنا للثاني حكما والمولى لو أذن للثاني حقيقة
ثم حجر على الاول لم يحجر على الثاني فكذا حكما ولم يحجر المولى على مأذون مكاتبه ويحجر بموت المكاتب وعجزه ولو مات
المكاتب عن ولد فاذن الولد للعبد في التجارة فاذنه باطل لان التركة ما دامت مشغولة لا يملكها الوارث ولو أدى بدل الكتابة
من كسب المأذون صح اذنه وان كان الاذن قبل مضي الدين لانه تبين انه مالك من وقت الموت متى قضى الدين وأطلق في قوله
يحجر بحجره فشمل المنجز والمعلق وهو صحيح في المنجز غير صحيح في المعلق قال في المحيط لو قال القاضي لرجل قد حجرت
عليك اذا سفهت لم يكن حجرا اذا قال لسفيه قد أطلقتك اذا أصلحت فهو جائز لان الاذن والاطلاق اسقاط للحجر وتعليق الاسقاط
بالشرط جائز كالطلاق والعتاق وأما الحجر عزل وتعليق العزل بالشرط لا يصح وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ومحمد جواز الحجر
كجواز الاذن لان الحجر منع وتعليق المنع بالخطر جائز اهـ وفي المحيط في باب اقرار المأذون بعد الحجر واذا حجر على المأذون وله

ديون على الناس كان الخصم فيها العبد حتى لو قبضها العبد برئ الغريم لان الحجر لا يعمل فيما مر للعبد قبل الحجر ولان قبض
الثمن من حقوق العبد ولو مات العبد أو باعه فالخصم فيها هو المولى وان كان على العبد دين لان المولى أقرب الناس اليه فاذا عجز
العبد عن قبض حقه والخصومة فيه يقوم المولى مقامه كالوارث يقوم مقام المورث الا انه لا يقبض الدين اذا كان له دين عليه
واذا أقر العبد بعد الحجر عند القاضي بعيب لا يحدث مثله في متاع باعه حال اذنه رد عليه لا بالاقرار لكن بوجود عقد البيع عند
القاضي أو أقام المشتري البينة وان كان عيبا يحدث مثله لم يصدق العبد على الغرماء والخصم فيه هو المولى بحاله يحلف على علمه والضمير
في قوله بحجره يشمل السيد والاب والوصي والقاضي لان الكل سواء في العزل القصدي ولو راد ضمير فيه لرجع للاذن ولحوقه
بدار الحرب العام وليفيد الفرق بين العام في الحجر والخاص قال رحمه الله تعالى ﴿وبموت سيده وجنونه ولحوقه بدار الحرب
مرتدا﴾ يعني يصير محجورا عليه بهذه الاشياء علم العبد أو لم يعلم لان الاذن غير لازم وبما ذكر بطلت أهلية الآذن فيعزل
وينحجر عليه لانه حجر حكمي ولهذا يعتق بما ذكرنا مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا في ضمن
بطلان الاهلية فلا يشترط علمه ولا علم أهل السوق أيضا قيد بلحوقه بدار الحرب والظاهر انه قول الامام وعندهما يحجر
بنفس الارتداد لحق أو لا قال في المحيط وان ارتد فتصرف ثم أسلم جاز تصرفه فان قتل على ردته بطل عند الامام وقالا لا يبطل ولو
كانت أمة جاز بالاجماع وأفاد بتوسط الجنون بين الموت الحقيقي والحكمي انه الجنون المطبق قال في المحيط فان كان يجن
ويفيق فهو على اذنه لان ولايته لا تزول بغير المطبق الذي يستوعب السنة وموت الاب والوصي حجر على الصبي المأذون وعلى
عبده وموت القاضي وعزله لا يوجب عزل المأذون من جهته والفرق ان اذن القاضي قضاء من وجه لانه باعتبار ولاية القضاء
لا باعتبار ولاية الملك والنيابة فمن حيث انه قاض لا يبطل بموته وعزله وأما اذن الاب فمن حيث النيابة فيبطل بهما واذن القاضي
الصبي جائز وان أبى أبوه أو وصيه وحجرهما عليه لا يصح لا في حياة القاضي ولا في موته وان حجر عليه بعد عزله لا يصح حجره وانما
الحجر للقاضي الثاني فلو أذن الاب لعبد ابنه الصغير ثم ملكه الاب فهو حجر عليه لان الاذن صح باعتبار ملك الابن فيزول بزواله
واذا أدرك الصغير فمأذون أبيه على اذنه ولو مات الاب بعدما أدرك الابن فعبده على اذنه ولو باع المولى العبد صار محجورا عليه
وان لم يعلم أهل سوقه وهذا اذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فباعه بغير اذن الغرماء لا يصير محجورا عليه وهذا الحجر ثبت
ضمنا للبيع وكذا الزوال عن ملكه بالهبة أو غيرها فان عاد الى قديم ملكه بالرد بالعيب أو بالرجوع في الهبة لا يعود الاذن
بخلاف الوكيل اذا باع الموكل فيه ثم عاد الى ملكه تعود الوكالة والفرق ان المقصود من الاذن فك الحجر والحجر يسقط والساقط
لا يعود والمقصود من الوكالة بيع العين فاذا ان تعود الوكالة كما عاد اليه ولو باعه مولاه بخمر أو خنزير ولم يقبضه المشتري لا يصير
محجورا عليه وان باعه بميتة أو دم فهو على اذنه وان قبضه لان البيع بهما لم ينعقد بخلاف الخمر والخنزير ولو قبضه المشتري في البيع
بخمر أو خنزير بحضرة البائع بغير اذنه صار محجورا عليه ولو تصرف ثم قبضه بغير اذنه لم يصر محجورا عليه ثم ايجاب البيع اذن
بالقبض في المجلس دلالة وبعده لا يكون اذنا ولو أمره بقبضه فقبضه بعدما تفرقا صار محجورا عليه وان باعه بيعا صحيحا على
ان البائع بالخيار لا يصير محجورا عليه ما لم يتم البيع وهل يصير محجورا عليه من وقت البيع أو من وقت الاجازة قال مشايخ
بلخ يصير محجورا عليه من وقت الاجازة وهو الاصح وان كان الخيار للمشتري صار محجورا عليه من وقت البيع لان خيار
المشتري لا يمنع خروج الملك عن البائع ولو أسقط لفظ سيده لعم كما ذكرنا وموت غير القاضي ٧ أو أراد فيه كتاب الشبهة
لكان أولى وأسلم لانه يشمل السيد والاب والوصي وأخرج موت القاضي ولو قال المؤلف وجنون أحدهما ولحوقه بدار الحرب
لكان أولى لانه يفيد جنون العبد ولحوقه بدار الحرب لانه أكثر فائدة قال رحمه الله ﴿والاباق﴾ يعني بالاباق أيضا يصير محجورا
عليه حكما علم أهل السوق أو لا وقال زفر والشافعي لا يصير محجورا عليه بالاباق لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن ألا ترى انه اذا أذن
لعبده المحجور عليه الآبق صح وجاز له ان يتجر اذا علمه ولأن لا يمنع الاباق أولى وصار كما اذا غصب ولنا ان المولى لم يرض بتصرف
عبده المتمرد عن طاعته عادة فصار محجورا عليه دلالة والحجر يثبت دلالة كالاذن والاباق يمنع ابتداء الاذن عندنا ذكره شيخ
الاسلام المعروف بخواهر زاده ولنا ان نمنع ولئن سلمنا فالدلالة ساقطة لعدم مع التصريح بخلافها ولقائل ان يقول اذا لم يكن
للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافه ينبغي ان لا يصير الآبق محجورا عليه في الباقي أيضا لوجود التصريح من المولى بالاذن

في الابتداء فكان دلالة الحجر في البقاء مخالفة لدلالة التصريح فينبغي أن لا يعتبر والجواب أن وجود التصريح بالإذن في الابتداء لا يقتضي وجوده إلى حال الإباق وإنما يعرف في البقاء باعتبار استصحاب الحال وهي حجة ضعيفة ولهذا يكون دافعة لا مثبتة فيجوز أن تترجح الدلالة عليها وأما الغصب فإن كان المولى يتمكن من أخذه بأن كان الغاصب مقرا بالغصب أو كان للمالك بينة يمكنه أن ينزعه منه فيجوز أن يأذن ابتداء وكذا بقاء ولو عاد من الإباق فالصحيح أن الإذن لا يعود قال في المحيط فإن قال المشتري لم يأبق ولكن بعثه المولى في حاجة وجحده المولى فالقول للمشتري والبينة له أيضا لأن المشتري متمسك بما هو ثابت في الأصل باتفاقهما والمولى ادعى أمرا عارضا فكان القول قول المتمسك بالأصل وأما البينة فلأنها أكثر إثباتا لأنها تثبت جواز البيع وبينة المولى تنفي جوازه والبينة على النفي لا تقبل ولو غصب رجل عبدا محجورا ولا بينة للمولى وحلف الغاصب فتصرف العبد ومولاه ساكت ثم قامت له بينة فاسترده لم يجز تصرف العبد ولا يصير مأذونا له لأن سكوت المولى إذن حكمي ولو أذن له صريحا والغاصب جاحد ولا بينة له لا يصح الإذن فالحكمي أولى وإن أسر العدو وأحرز بدار الحرب صار محجورا عليه وإن كان في دار الإسلام فهو على إذنه وفي الخانية العبد المأذون إذا غصبه غاصب لم يذكره في الكتاب والصحيح أنه لا يصير محجورا اهـ قال رحمه الله ﴿والاستيلاد﴾ يعني الأمة المأذون لها تصير محجورة باستيلاد المولى إياها وقال زفر لا تصير محجورا عليها به وهو القياس لأن المولى لو أذن لأم ولده ابتداء يجوز فالبقاء أولى وقد تقدم ما فيه ووجه الاستحسان أن العادة جرت بتحصين أمهات الأولاد وأنه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل الحجر كصريحه بخلاف ما لو أذن لأم ولده صريحا كما تقدم ونظيره إذا قدم لآخر طعاما ليأكله حل له التناول فإذا نهاه صريحا حرم عليه التناول لقوة الصريح قال في المنتقى رجل وطئ جارية عبده المأذون فجاءت بولد فإنه يأخذها وعليه قيمتها لأن للمولى فيها حق الملك وذلك يكفي لصحة الاستيلاد كالأب إذا وطئ جارية ابنه وادعاه فإن استحقها مستحق أخذها وعقرها وقيمة الولد ولا يرجع المولى بالغرور لأنه ليس بشراء ولكن يرجع بقيمتها على عبده ولو وطئ جارية عبده المأذون ولا دين عليه فإن استحقت رجع العبد على البائع بالثمن وبقيمة الولد قال رحمه الله ﴿لا بالتدبير﴾ يعني المأذون لها لا تصير محجورا عليها بالتدبير لأن العادة لم تجر بتحصين المدبرة ولم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت إذ لا تنافي بين حكمي التدبير والإذن لأن حكم التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية في المآل وحكم الإذن فك الحجر وحق الحرية لا يمنع فك الحجر وفي الجامع الصغير للحسامي جارية أذن لها في التجارة فاستدانت أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذونة والمولى ضامن لقيمتها للغرماء ولو وطئها فجاءت بولد فادعاه حجر عليها ويضمن قيمتها للغرماء اهـ قال رحمه الله ﴿ويضمن بهما قيمتهما للغرماء﴾ يعني يضمن المولى بالتدبير والاستيلاد قيمتهما لأنه أتلف بالتدبير والاستيلاد محلا تعلق به حق الغرماء لأنه بفعله امتنع بيعها وبالبيع يقضى حقهم قال في المحيط فإذا ضمن المولى القيمة لا سبيل لهم على العبد حتى يعتق وإن شاؤوا لم يضمنوا المولى القيمة واستسعوا العبد في جميع دينهم عليه دين لثلاثة لكل ألف اختار اثنان ضمان المولى فضمناه ثلثي قيمته واختار الثالث استسعاء العبد في جميع دينه جاز ولا يشارك أحدهما الآخر فيما قبض بخلاف ما إذا كان الغريم واحدا فإذا اختار أحدهما بطل حقه في الآخر كما تقدم وظاهر قوله ويضمن أن يضمن القيمة مطلقا مع أن الضمان يتوقف على اختيار الغرماء فلو زاد إن شاؤوا لكان أولى قال رحمه الله ﴿وإن أقر بما في يده بعد حجره صح﴾ وهذا عند الإمام سواء أقر أنه أمانة عنده أو غصب أو أقر بدين فيقضيه منه وقالا لا يصح إقراره وهو القياس لأن المصحح لإقراره الإذن وقد زال بالحجر ويده عن أكسابه قد بطلت بالحجر لأن يد المحجور غير معتبرة فصار كما لو أخذه المولى من يده بعد الحجر قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع أو كان عليه دين مستغرق لما في يده بعد الحجر فأقر بعده أو كان الذي في يده من المال حصل بعد الحجر بالاحتطاب ونحوه ولهذا لا يصح إقراره في رقبته بعد الحجر حتى لا تباع رقبته بالدين بالإجماع ولا يلزم على هذا عدم أخذ المولى ما أودعه عند عبده المحجور عليه لأنه يمنع المولى من أخذه هناك فيما إذا لم يعلم أنه كسب العبد ولو علم أنه كسب عبده كان له أن يأخذه ووجه الاستحسان أن المصحح للإقرار بعد الحجر هو اليد ولهذا لا يصح إقراره قبل الحجر فيما أخذه المولى واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر فراغ ما في يده من الأكساب عن حاجته وإقراره دليل على حاجته بخلاف ما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار وبخلاف إقراره بعد ما باعه المولى من غيره لأنه بالدخول في ملكه صار كعين أخرى ولما عرف أن تبدل الملك كتبدل العين وبخلاف ما إذا كان عليه دين مستغرق لأن حق أصحاب الدين تعلق بما في يده فلا يقبل

اقراره في ابطال حقهم فيقدمون كالمريض اذا أقر بخلاف رقبته فانها ليست في يده وفي المحيط لو أقر بعد ما حجر عليه وكانت في يده ألف أخذها مولاه فاقر انها وديعة لفلان ثم عتق لم يلزمه شيء لانه محجور أقر بعين وليس في يده من كسب الاذن شيء فلا يصح اقراره ولو أقر انها كانت غصبا في يده لزمه اذا عتق ولو لم يأخذ منه الوديعة ولكن كان عليه دين فقضاه لزمه اذا اعتق ولو حجر عليه وفي يده ألف فاقر بها لرجلين لاحدهما دين ألف وللآخر ألف وديعة فلا يخلو اما أن يقر بهما منفصلا أو متصلا وكل وجه اما أن يقر بالدين أولا ثم بالوديعة أو بالوديعة ثم بالدين فان أقر بهما منفصلا بان قال على ألف درهم وسكت ثم قال هذه الالف وديعة لفلان فعند الامام الالف كلها للمقر له بالدين لانه لما أقر بالدين أولا تعلق بها حق صاحب الدين وصارت الالف مشغولة بها فاقراره بالوديعة بعد ذلك يتضمن ابطال اقراره بالدين ولا يقبل وعندهما يكون بينهما وان أقر بالوديعة أولا ثم بالدين فالالف كلها للمقر له بالوديعة وأما اذا أقر بهما متصلا بان قال بادئا بالدين لفلان على ألف دين وهذه الالف وديعة لفلان تكون الالف بينهما نصفين ولو بدأ بالوديعة ثم بالدين فالالف كلها لصاحب الوديعة عند الامام بيان ذلك اذا أقر بالدين أولا ثم بالوديعة فالبيان وجد والحل في ملكه صح البيان منه فينصف الالف بينهما وهذا بيان تعين لا تبديل فيصح موصولا لا مفصولا واذا أقر بالوديعة أولا ثم بالدين فالبيان وجد والالف ليست في ملكه ولا يتعلق حق المقر له بالدين بتلك الالف ولو ادعيا عليه فقال صدقتما كانت الالف بينهما نصفين عند الامام وعندهما الاقرار باطل ويؤخذ العبد بالدين بعد العتق ولو وهب رجل لعبد محجور ألفا فلم يأخذها المولى حتى استهلك لرجل آخر ألفا ثم استهلك لرجل آخر ألفا كانت الالف للمولى والدينان في رقبته ولو استهلك ألفا ثم وهب له الالف ثم لحقه دين آخر تصرف الهبة الى الدين الاول وهو الذي استهلكه دون الثاني لان الدين الثاني لزمه وليس له كسب ولم يعين المؤلف المقر له فشمل المولى وفي الاصل واذا أقر العبد المأذون لمولاه ان أقر بالدين لم يصح اقراره سواء كان يمكنه دين أولا وان أقر له بعين في يده ان كان عليه دين لا يصح اقراره وان لم يكن عليه دين صح اقراره وفي الذخيرة العبد المأذون اذا التقط لقيطا ولا يعرف ذلك الا بقوله فقال المولى كذبت بل هو عبدي فالقول للمأذون لانه اقرار على نفسه ألا ترى أنه لو أقر بعين في يده لغير المولى صح اقراره وان كذبه المولى في قوله قوله وان أقر الخ صادق بما اذا لم يكن عليه دين مستغرق أولا وصادق بما في يده كسبه قبل الحجر أو بعده وصادق بما اذا ثبت الحجر بالبيع أو بغيره وليس كذلك فلو قال وان أقر غير مستغرق بعد حجره بما في يده قبله مع بقائه للآذن حتى فيخرج المستغرق فان اقراره لا يصح وبقولنا قبله يخرج ما حصل بعده وبقولنا مع بقائه يخرج ما اذا حجر عليه بالبيع وأفاد ان الاقرار المذكور لا يتعلق به فيه لقوله بما في يده قال رحمه الله ﴿ولا يملك سيده ما في يده لو أحاط دينه بما في يده ورقبته﴾ وهذا عند الامام وقالا يملك ذلك لان ملك الرقبة سبب لملك كسب اليد واستغراقها بالدين لا يوجب خروج المأذون عن ملكه ولهذا ملك وطء المأذونة فكذا كسبه الذي في يده لانه يتبع أصله فيكون مثله ولابي حنيفة ان ملك المولى انما يثبت في ملك العبد التاجر عند فراغه عن حاجته والمحيط خلافه عنده ٧ مشغول بحاجته فلا يملك قال في العناية الدين لا يخلو اما ان يحيط بماله ورقبته أو لا يحيط أو أحاط بماله دون رقبته أو رقبته دون ماله وأطلق في دين العبد فشمل ما اذا كان حالا أو مؤجلا وفي العتابية ولو باع المولى المأذون أو كسبه والدين مؤجل جاز ويضمن اذا حل الاجل وفي المحيط عبد عليه دين الى أجل فباعه مولاه جاز وبعده لان العبد ما به حق الغريم ولا منفعة فاذا حل الاجل ضمن المولى قيمته وفيه أيضا ولا يجوز هبة مال عبده المأذون المديون وان أجازه الغرماء لانه تعلق الدين بماليته ولو وهب عبده المأذون المديون ذكر في بعض الروايات أنه لا يجوز وفي بعضها يجوز قيل ما ذكر أنه يجوز محمول على ما اذا لم يقض المولى دينه أو لم تبرئه الغرماء وفيه أيضا وهب عبده المأذون المديون من رجل وعليه ألف حالة وألف مؤجلة فلصاحب الحال أن ينقض البيع في الكل ولو غيب الموهوب له العبد ضمن المولى لرب الدين نصف قيمته وظاهر قوله ولصاحب الحال النقض وما قبله ان الدين اذا كان مؤجلا ملك المولى ولو كان الدين مستغرقا ولو قيد به لكان أولى قال رحمه الله ﴿وبطل تحريره عبدا من كسبه﴾ وهذا عند الامام ولما كان العتق أقوى تصرفاته من غيره صرح به ليفيد ان تصرف المولى في غيره باطل بالطريق الاولى وعندهما ينفذ عتقه وهو نظير المكاتب فان المولى يملك رقبته حتى يعتق باعتاقه ولا يملك ما في يده من أكسابه حتى لا ينفذ اعتاقه فيه فاذا نفذ عتقه في رقبة المأذون له عنده وعندهما فيه وفي كسبه يضمن للغرماء قيمته لانه أتلف بالاعتاق ما تعلق به حقهم وكذا لو أتلف المولى ما في يده من العبيد بالقتل يضمن لما ذكرنا لكن يضمن قيمته للحال

عندهما لانه ملكه لتعلق كسب العبد كذلك وعندهما ينفذ ويضمن حق الغير به وعنده في ثلاث سنين لانه ضمان جنايته لعدم ملكه ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق عنده لعدم الملك وعندهما يعتق ولو استولد جارية عبده المأذون له وعليه دين مستغرق صارت أم ولده ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها ولا قيمة ولدها وهذا بالاتفاق لان عندهما ملكه ثابت حقيقة وعنده صادف حق الملك ولهذا يجوز للمولى أن يتزوجها ولو أعتقها المولى وعلى العبد دين مستغرق ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت نسب الولد منه عند أبي حنيفة لان العتق توقف عنده على ان يبقى عند تلك الجارية ألا ترى أنه لو قضى دين الغرماء أو أبرأ الغرماء العبد من ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه وكذا إذا ملك الجارية بالاستيلاد ولو تزوج جارية عبده المأذون المديون لا يجوز ذكره في المحيط وذكر المولى مثال فان العبد المأذون المديون اذا باعه المولى من غير اذن الغرماء وأعتقه المشتري قبل قبضه ينفذ عتقه ان أجاز الغرماء البيع أو قضى المولى دين الغرماء وان أبرأ الغرماء العبد عن الدين نفذ عتق المشتري فان أبى الغرماء أن يجيزوا البيع والمولى لم يقض دينه فانه يبطل عتقه ويباع العبد للغرماء بدينهم هكذا ذكر في الاصل مطلقا وهذا الجواب الذي قالوا لا يشكل على قول أبي حنيفة وأبي يوسف أما على قول محمد رحمه الله تعالى فمنهم من قال لا ينفذ عتق المشتري على قول محمد ومنهم من قال ما ذكر قولهم جميعا وعلى قول محمد يحتاج الى الفرق بين هذا وبين المشتري من الغاصب هذا اذا أعتق المشتري قبل القبض وأما اذا قبض العبد ثم أعتقه فانه ينفذ عتقه واذا نفذ عتق المشتري بعد القبض فالغرماء بعد هذا بالخيار ان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن وان شاؤا ضمنوا القيمة هذا اذا أجازوا بيع المولى وان ضمنوا قيمته للمولى فبيع المولى نفذ ويسلم الثمن للمولى ولو كان المشتري باع العبد بعد ما قبضه أو وهبه وقبضه الموهوب له ثم حضر الغرماء وأجازوا بيع المولى نفذ بيع المشتري وهبته من غيره ولو قال المؤلف فيتوقف تحريره لكان أولى لان غايته تصرف فضولي وقد أفاد في المحيط في مسئلة الامة المستولدة انه موقوف فالعتق كذلك قال رحمه الله ﴿وان لم يحط صح﴾ يعني وان لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالاجماع أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين يتعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن ووجه قول الآخر ان الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول ولا يجوز ان يمنع الملك في الحال لان شرط عدم الملك لم يوجد ولا يجوز ان يمنع بقدره لان البعض ليس باولى من البعض الآخر كذا نقله الشارح وفي الهداية وان لم يكن محيطا بماله جاز عتقه ولم يذكر رقبته وهذا هو القسم الثالث من الاقسام التي ذكرناها قال في العناية واذا لم يكن محيطا بماله ورقبته جاز عتق المولى عبدا من كسبه قال في بيوع الجامع الصغير عن يعقوب في رجل أذن لعبده في التجارة فاشترى عبدا يساوي ألفا وعلى الاول ألف دين فاعتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز وان كان الدين ألفي درهم مثل قيمته لم يجز عتقه اهـ ولا يخفى أن افادة العتق على قول الامام فيما لو أحاط بكسبه اشكال لان حاصل مذهبه انه ملك المولى بطريق الخلافة عند الفراغ وهذا ليس بفارغ فظهر ان ذكر الرقبة لا فائدة فيه وان المراد بالصحة النفاذ قال رحمه الله ﴿ولم يصح بيعه من السيد الا بمثل القيمة﴾ لانه لا تهمة في البيع بمثل القيمة فيجوز وبأقل منه فيه تهمة فلا يجوز سواء كان النقصان كثيرا أو قليلا والمراد بعدم الصحة عدم النفاذ لاجل الغرماء لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم وقيد بالسيد لانه لو حابى لاجنبي عند الامام جاز لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما لو باع المريض عينا من وارثه بمثل القيمة حيث لا يجوز عند الامام لان المريض ممنوع من ايثار بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن ابطال المالية حتى كان له أن يبيع جميع ماله بمثل من القيمة وباقل منه الى ثلثي القيمة اذا لم يكن عليه دين وهذا عند الامام وعندهما ان باع من المولى جاز فاحشا كان الغبن أو يسيرا ولكن يخير بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع لان في المحاباة ابطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به بخلاف البيع من الاجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة ولا يجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن وفي الكافي وان باعه من المولى بنقصان لم يجز فاحشا كان أو يسيرا ولكن خير المولى بين أن يزيل الغبن أو ينقض البيع وهذا قول بعض مشايخنا وقيل ان الصحيح ان قول الامام في هذه كقولهما وفي المحيط قول الكل وقيل قولهما ولو استهلك المولى المبيع في هذه الحالة لزمه تمام القيمة وفي التتارخانية برقم ومما يتصل بهذا الفصل اذا باع العبد المأذون بعض ما في يده من تجارة أو اشترى شيأ ببعض المال من تجارة وحابى في ذلك وكان ذلك في مرض المولى ثم مات المولى من مرضه ذلك فعلى قول أبي حنيفة البيع جائز سواء

حابى في البيع بما يتغابن الناس في مثله أو لا فإنه تجوز المحاباة من ثلث مال المولى فإذا جاوز ثلث مال المولى فإنه يخير المشتري وإن شاء
نقض البيع ولم يرد ما زاد على الثلث خلافا لهما ولو كان المولى صحيحا وحابى العبد بما يتغابن في مثله أو لا يتغابن الناس في مثله فإنه يجوز
عند أبي حنيفة كيفما كان جاوزت المحاباة ثلث المال أم لم تجاوز وهذا بخلاف المكاتب إذا باع أو اشترى وحابى في مرض موت المولى
فإنه يجوز إن لم يجاوز ثلث ماله وكذا العبد وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما
الله تعالى إن باع واشترى بما يتغابن الناس في مثله فإنه يجوز ويسلم المشتري ولو باع واشترى وحابى بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز البيع
عندهما حتى إذا قال المشتري أنا أؤدي قدر المحاباة ولا ينقض البيع لا يكون له ذلك على قولهما هذا الذي ذكرنا إذا لم يكن على العبد دين
وأما إذا كان عليه دين يحيط برقبته أو بما في يده أو لا يحيط فباع واشترى وحابى محاباة يسيرة أو فاحشة فالجواب فيه عندهم جميعا كالجواب
فيما إذا لم يكن على العبد دين قال الفقيه أبو بكر البلخي لا توجد عن أصحابنا رواية في كتبهم أن المحاباة اليسيرة في المرض إذا لم يكن
عليه دين تعتبر من ثلث ماله إلا في هذا الكتاب خاصة فهذه المسألة من خصائص هذا الكتاب ولو كان الدين على المولى ولا دين على
العبد فهذا على وجهين إما أن يكون محيطا بجميع مال المولى أو لا يكون محيطا بجميع ماله فإن كان محيطا بجميع ماله فباع العبد
واشترى وحابى محاباة فاحشة والمسألة على الحالة يخير عند أبي حنيفة وعندهما لا يخير المشتري وإن كان على المولى دين لا يحيط بجميع
ماله فالبيع من المأذون جائز بالمحاباة اليسيرة والفاحشة ويسلم ذلك المشتري إن لم تجاوز المحاباة ثلث ماله بعد الدين وإن جاوز ثلث ماله بعد
الدين يخير المشتري ويجعل بيع العبد كبيع المولى وهذا عند أبي حنيفة وعندهما إن كانت المحاباة يسيرة يجوز البيع والشراء ويسلم
المشتري المحاباة إن لم يجاوز ثلث ماله بعد الدين وإن لم يجاوز لم يسلم ويخير وإن كانت المحاباة فاحشة لا يخير المشتري عندهما ولو كان على المولى
دين يحيط برقبة العبد وبما في يده وعلى العبد دين كثير يحيط برقبة العبد وبما في يده فالمحاباة لا تسلم للمشتري يسيرة كانت أو فاحشة هذا
الذي ذكره إذا حابى المأذون فأما إذا حابى بعض ورثة المولى فإن باع من بعض ورثة المولى وحابى وقد مات من مرضه ذلك كان البيع باطلا
عند أبي حنيفة ولا يخير الوارث وعندهما البيع جائز ويخير الوارث فيقال إن شئت فانقض البيع وإن شئت فبلغ الثمن تمام قيمته
ولا يسلم له شيء من المحاباة وفي السغناقي وإن كان على المولى دين يحيط برقبة العبد وبما في يده ولا مال له غيره فحابى في مرض المولى لم تجز
محاباة العبد شيئا وقيل للمشتري إن شئت فانقض البيع وإن شئت فادفع المحاباة كلها وإن لم يكن على المولى دين جاز وفي المحيط الصبي
المأذون باع من أبيه بما يتغابن فيه جاز ولو باع الأب ماله من ابنه بما يتغابن فيه جاز وبما لا يتغابن فيه الصحيح أنه لا يجوز وفيما صا
وإذا وكل العبد ببيع عبده فباعه من مولاه بأكثر من قيمته ثم حجر على عبده فأقر الوكيل بالقبض لم يصدق ولو باعه لغرمائه وأقر
صدق والفرق أن إقرار العبد بقبض الثمن من مولاه لا يصح للتهمة ومن الغرماء يصح لأنه لا تهمة فيه اهـ وقوله من سيده
يصدق بما إذا باع لوكيل سيده أو لابن سيده الذي يشتري للسيد فالظاهر أن الحكم كذلك بخلاف ما إذا كان يشتري الصغير
لنفسه ولم أر من نبه على ذلك وهذا التنبيه من خصائص هذا الكتاب وأطلق في قوله من سيده فشمل ما إذا كان أصيلا أو وكيلا
والظاهر فيما إذا كان وكيلا الجواز لغيره فيه قال في المنتقى ولو اشترى المولى من عبده شيئا لغيره بوكالة جاز الشراء ولم يقبضه وإن
صدقه الآمر في القبض فنقضه المولى فمات في يده ضمن الثمن للعبد وبطل البيع على الآمر وكذا اشتراء رب المال من المضارب عبدا
لغيره بوكالة وقيمة العبد ألف ورأس المال ألف يجوز البيع ولم يجز قبضه قاله رحمه الله ﴿وإن باع سيده منه بمثل قيمته أو أقل صح﴾
لأن المولى أجنبي عن كسب عبده إذا كان عليه دين كما هو ظاهر الرواية وهو الصحيح وقيل هذا البيع لا يجوز لأنه يتعذر تجويزه
لأنه لا بد للبيع من ثمن والمولى لا يستوجب دينا على عبده فصار بيعا بلا ثمن ولا يجوز ووجه ظاهر الرواية أنه أمكن تجويزه بإيجاب
ثمن يجب على العبد بالحال بل متأخر إلى وقت تسليم المبيع كما قلنا لو اشترى شيئا على أنه بالخيار انعقد البيع ويتأخر وجوب الثمن إلى
سقوط الخيار وكذا إذا قبض الثمن ثم سلم المبيع يجب الثمن في ذمة العبد بعد التسليم ثم يسقط عنه فقوله بمثل القيمة أو أقل قال في
المحيط ولو باع من عبده بأكثر من قيمته فالمولى بالخيار إما أن يأخذ مقدار قيمته أو نقض البيع لأنه رضي بزوال ملكه عن المبيع
بالمسمى وإذا لم يسلم له المسمى كان له نقض البيع قال الشارح وقوله تؤمر بإزالة المحاباة يدل على أن البيع يقع جائزا ويجوز أن يكون
على الروايتين عند أبي حنيفة على ما بينا وفي المحيط ولو أقرض المولى عبده المأذون المديون ألفا فالمولى أحق بها وكذلك إن أودعه
وديعة فاشترى العبد بها متاعا فالمولى أحق بالمتاع لأنه بدل ماله والظاهر أن قوله من سيده مثال ولو باع وكيل سيده منه كان الحكم

كذلك قال رحمه الله ﴿ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه﴾ أي لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب بشيء لأنه بتسليم المبيع سقط حقه في الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج مجاناً وفي الأمانة ولهذه المسئلة زيادة ذكرها في المنتقى فقال عبد مأذون عليه دين باع المولى منه ثوباً بيد المولى كان ثمن ديناً للمولى على العبد في الثوب باع الثوب فيستوفي المولى دينه من ثمنه والفضل للغرماء وإن كان فيه نقصان بطل ذلك القدر اهـ بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً حيث يكون المولى أحق به من الغرماء لأنه يتعين بالعقد فلكه بعقده وعندهما تعلق بعينه فكان أحق به من الغرماء إذ هو ليس بدين يجب في ذمة العبد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده وهو أحق به من الغرماء كما لو غصب العبد شيئاً من ماله أو أودع ماله عند عبده أو قبض المبيع بغير إذن المولى وبخلاف ما إذا باع العبد من سيده وسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لأنه يجوز أن يثبت للعبد المأذون المديون دين على مولاه ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيئاً من أكساب عبده المأذون ضمن للعبد هذا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن للمولى أن يسترد المبيع إن كان قائماً في يد العبد ويحبسه حتى يستوفي الثمن الأن المولى لم يسقط حقه من العين إلا بشرط أن يسلم له الثمن ولم يسلم فبقي حقه في العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقي العين قائماً في يده لأنه يجوز أن تكون العين المملوكة للمولى في يد عبده فكذا يجوز أن يكون له ملك اليد فيه وأما بعد الاستهلاك فقد صار ديناً فلا يمكن إيجابه من عبده اهـ قال رحمه الله ﴿وله حبس المبيع بالثمن﴾ أي للمولى حبس المبيع حتى يستوفي الثمن من العبد لأن البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل إليه الثمن فيبقى ملك اليد على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء ولأن للدين تعلقاً بالعين لأنه يقابله ويسلم بسلامتها فكان له شبهة بالعين المقابل له فيكون للمولى حق فيه لتعلق حقه بالعين ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لما أنه مقابل رقبته مع أنه لا يجب له على عبده دين بخلاف ما إذا سلم المولى المبيع أولاً حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين ويصير الثمن ديناً مطلقاً فيسقط اهـ قال رحمه الله ﴿وصح إعتاقه﴾ أي جاز إعتاق المولى عبده المأذون المديون المستغرق بالدين وهذا بالإجماع لقيام ملكه فيه وإنما الخلاف في أكسابه بعد الاستغراق بالدين وقد تقدم بيانه وفي المحيط ولو دبر المأذون المديون صح فإن شاء الغرماء ضمنوا المولى قيمته ولا سبيل لهم على العبد حتى يعتق فإذا عتق فلهم أن يتبعوه بما بقي من دينهم رهن عبده المأذون المديون أو آجره وعليه دين إلى أجل جاز وإذا حل الأجل ضمنوا المولى قيمته في الرهن دون الإجارة فإن بقيت مهاملة فلهم أن يفسخوا الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار بخلاف الرهن ولو باعه المولى ثم اشتراه أو استقاله ثم حل الأجل لم يكن لهم على العبد سبيل وضمنوا المولى قيمته إلا إن رده عليه بعيب بقضاء القاضي أو بخيار لأن حقهم قد بطل عن رقبته بالبيع وبرئ العبد عن الدين والبيع بالتراضي بيع جديد في حق ثالث قال رحمه الله ﴿وضمن قيمته لغرمائه﴾ يعني المولى يضمن قيمة المعتق لغرمائه لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لأنه لا يقبل الفسخ فأوجب الضمان دفعاً للضرر عن الغرماء بخلاف ما إذا كان المأذون له مدبراً أو أم ولد حيث لا يجب الضمان بإعتاقهما لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلم يضمن شيئاً فلو قال ولو فيما لكان أولى وإن كان الدين أقل من القيمة ضمن قدر الدين لا غير وإن كان الدين أكثر من القيمة ضمن قيمته بالغة ما بلغت لتعلق حقهم بماليته كما إذا أعتق الراهن المرهون بخلاف ضمان الجناية على العبد حيث لا يبلغ به دية الحر لأن القيمة هناك بدل الآدمي من وجه فلا يبلغ به دية الحر وكذا لا يختلف بين ما إذا علم المولى بالدين أو لم يعلم بمنزلة إتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم وبخلاف إعتاق العبد الجاني حيث يجب على المولى جميع الأرش إن كان إعتاقه بعد علمه بالجناية لأنه الواجب فيها على المولى وهو مخير بين الدفع والفداء فيكون مختاراً للفداء بالإعتاق عالماً أولاً كذلك هنا لأن المولى ليس له شيء وإنما يضمن باعتبار تفويت حقهم كإتلاف مال الغير وذلك لا يختلف بين العلم وعدمه وكذلك إذا كان الجاني مدبراً أو أم ولد يجب على المولى قيمته لعجزه عن دفعه بفعله من غير أن يصير مختاراً وهنا لا يجب لما بينا اهـ وقوله وضمن شمل ما إذا أعتق بإذن الغرماء وللغرماء أن يضمنوه ولا دالقيمة وليس هذا كعتق الراهن بإذن المرتهن وهو معتبر لأنه قد خرج من الراهن بإذن المرتهن والمأذون المديون لا يبرأ من الدين بإذن الغرماء اهـ ولو قال لغرمائه تضمينه قيمته لكان أولى ليفيد أن الضمان باختيار الغرماء إذا باع المولى قال رحمه الله ﴿وطولب لغرمائه بعد عتقه﴾ يعني لغرمائه أن يطالبوه بعد الحرية إن بقي من دينهم شيء ولم توف به القيمة لأن الدين مستقر في ذمته لوجود سببه وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه إلا قدر ما أتلف وهو القيمة والباقي عليه فيرجعون به عليه وإذا اختاروا اتباع

أحدهما لا يبرأ الآخر كالكفيل والأصيل بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لأن هناك الضمان واجب على أحدهما وإذا اختار تضمين أحدهما برئ الآخر ضرورة وهنا واجب على كل واحد منهما دين على حدة وفي المحيط هذا إذا اختاروا الاتباع ولم يبرءوه من الضمان فإذا اختاروا اتباع المولى وأبرءوه من الضمان لم يكن لهم عليه سبيل قال في المحيط وما قبضه أحدهم من العبد بعد العتق لا يشاركه فيه الباقون وما قبضه أحدهم من القيمة التي على المولى يشاركه فيه الباقون لأن القيمة وجبت لهم على المولى بسبب واحد وهو العتق والدين في وجوبه سبب واحد للجماعة كان مشتركا بينهم قال رحمه الله ﴿وإن باعه سيده وغيبه المشتري ضمن الغرماء البائع قيمته﴾ قيده بالتغييب قال في العناية وإنما لم يكتف بمجرد البيع والشراء لأنه لا يضمن به بما بل لا بد من التغييب وفيها أيضا معناه باعه بثمن لا يفي بديونهم بدون إذن الغرماء والدين حال اهـ فلو كان الثمن يفي بديونهم فلا ضمان وكذا لو كان بإذنهم وكذا لو كان الدين مؤجلا فباعه المولى بأكثر من قيمته أو بأقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم فإذا حل ضمنوا المولى قيمته وأفاد المؤلف أن البيع موقوف فيه كالبيع بخيار قال في المحيط ولو وهب عبده المأذون المديون ذكر في بعض الروايات أنه يجوز وفي بعضها أنه لا يجوز قيل ما ذكر أنه يجوز محمول على قضاء دينه أو إبراء الغرماء وما قيل إنه لا يجوز محمول على ما قبل قضاء دينه وفي المحيط عبد عليه دين إلى أجل فباعه أو وهبه مولاه جاز وتعذر لأنه لا حق للغريم في النقض لأن العبد ملك المولى ولم يتعلق حق الغريم به لا بدا ولا منفعة ولا له حق استيفاء الدين من رقبته لأن الدين المؤجل غير مطالب بإيفائه وإذا حل الدين ضمن المولى قيمته لأن بيع المولى وجد بعد وجود سبب ثبوت حقه في المطالبة بالبيع أو الاستيفاء وفي الدين وإذا كان الدين واجبا قبل البيع لكن تأخرت المطالبة بالأجل ولولا بيع المولى لثبت حقهم في رقبة العبد وبسبب بيعه السابق عجزوا عن استيفاء حقهم من رقبة العبد فصار البيع السابق مانع العبد عنهم للحال فيضمن قيمته لهم كالعبد إذا لحقه دين ثم دبره المولى فالمولى يضمن قيمته للغرماء هذا وإن رجع المولى في هبته لم يكن لهم على العبد سبيل لأن هبة المولى لما نفذت ولم يكن للغرماء حق النقض كان بمنزلة ما نفذ بإذنهم وانتقل حقهم من العبد إلى القيمة وإن أذن له مرة بعد ما رجع في الهبة فلزمه دين بيع ويقسم ثمنه بين الآخرين دون الأولين لأن الثمن بدل الرقبة والرقبة بالإذن الثاني صارت مشغولة بدين آخرين خاصة لأنها فرغت عن شغل الأولين لأن المولى ضمن القيمة للأولين فقد برئ العبد عن حقهم ما دام رقيقا لأنه وصل إليهم بدل الرقبة فكانت الرقبة مشغولة بدين الآخرين خاصة وكان ثمنها لهم خاصة والقيمة للأولين خاصة فإن مات المولى ولا مال له غير العبد بيع وبدئ بدين الآخرين فإن فضل شيء كان للأولين لأن الثمن قام مقام الرقبة وقد اجتمع فيه دين العبد وهو دين الآخرين ودين المولى وهو القيمة للأولين فيقدم فيه دين العبد في القضاء وإن كان على المولى دين سوى ذلك ضرب فيه غرماء المولى بدينهم وللأولين بقيمة العبد لأن الكل دين المولى وقد اجتمع فيما بقي من الثمن وضاق عن إيفاء الكل فيضرب كل واحد بحقه ولو وهب العبد وعليه ألف حالة وألف مؤجلة فلصاحب الدين الحال أن ينقضه في الكل لأن حقه وإن كان في نصف الرقبة ولكن له حق النقض في الكل نفيا للضرر عنه لأنه متى نقض في النصف شائعا يباع بدينه نصف العبد وثمن نصف العبد متى بيع بانفراده أنقص من ثمن نصفه متى بيع جملة لأن الأشقاص لا تشترى بمثل ما تشترى الأشخاص ولو غيبه الموهوب له ضمن المولى لصاحب الحالة نصف قيمته لأن حقه في نصف العبد وبالتغييب عجز عن الوصول إلى حقه فإن لم يحل دين الآخر حتى رجع في هبته بيع له نصفه لأن برجوع المولى في الهبة عاد إلى قديم ملكه ولو اعور فقبل أن يضمن المولى ربع حصته لصاحب الأجل بيع نصفه في دينه لأن نصفه تلف عند الموهوب له فإن العين من الآدمي نصفه ولو تلف كل العبد يضمن له نصف القيمة فإذا تلف عنده نصفه بالاعورار يضمن له ربع القيمة ويباع نصفه في دينه لأن له النصف وإن اعور بعد ما رجع في هبته لم يضمن المولى شيئا لصاحب الأجل ويباع نصفه معورا لأن بالرجوع عاد العبد إلى قديم ملكه فقد ارتفع السبب الموجب للضمان لأنه عاد حق الغريم في البيع والاستيفاء كما كان ولهذا لو هلك الكل في يد الواهب بعد الرجوع لم يضمن فكذا إذا هلك بعضه قال رحمه الله تعالى ﴿وإن رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء في العبد﴾ لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على المالك ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها إليه هذا إذا رده عليه قبل القبض مطلقا أو بعده بقضاء لأنه فسخ من كل وجه وكذا إذا رده عليه

خيار الرؤية أو الشرط وإن رده بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة لأن الرد بالتراضي
إقالة وهو بيع في حق غيرهما وإن لم يصل من دينهم شيء رجعوا به على العبد بعد الحرية وفي المحيط إذا باع القاضي وهلك الثمن في يده
ثم وجد المشتري به عيبا فرده فباعه مرة أخرى ونقص المشتري ثمنه وكذا لو باعه مولاه بأمرهم لأن الأمين لا يضمن النقصان والمولى
يضمن النقصان ثم يرجع به على الغرماء لأن المولى عامل لهم ولو باعه مولاه وضمن قيمته للغرماء ثم وجد به عيبا فلم يرده عليهم
ثم حدث به عيب آخر رجع على البائع بنقصان العيب الأول من الثمن ولم يكن على البائع شيء من تلك القيمة ولا يرجع بالنقصان
على الغرماء وهذا قول الإمام وعندهما يرجع على الغرماء بحصة العيب وهذه فروع المسألة المذكورة في الصلح وهي أن من اشترى
عبدا وباعه من غيره ثم إن المشتري الثاني وجد فيه عيبا فمات في يده رجع على بائعه بنقصان العيب ولا يرجع بائعه على بائعه بذلك
عند الإمام خلافا لهما وقيل هذا قولهم جميعا وهو الظاهر والفرق بين هذه ومسألة الصلح أن هنا الغرماء يقولون للمشتري إنك
التزمت هذه الغرامة بطيب من نفسك فإنك كنت متمكنا من رد العبد علينا فلا يلزمك هذا النقصان فلما لم تفعل فقد التزمت هذه
الغرامة ولو ادعى المشتري عيبا حدث مثله فصالحه من دعواه مع المشتري على شيء ليس له أن يرجع على بائعه لأنه رضي بالتزامه
عند الغرامة اه قال رحمه الله ﴿أو مشتريه﴾ وهو معطوف على البائع لأن كل واحد منهما متعد في حق الغرماء البائع
لما ذكرنا والمشتري بالشراء والقبض والتغييب قال رحمه الله ﴿أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن﴾ أي الغرماء إن شاؤوا أجازوا
البيع وأخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا أحدا القيمة لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما إذا باع الراهن الرهن ثم أجاز
المرتهن البيع بخلاف ما إذا كفل عن غيره بغير أمره ثم أجاز لأنها وقعت غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له ولا كذلك
ما نحن فيه فحاصله أن الغرماء يخيرون بين ثلاثة أشياء إجازة البيع وتضمين أيهما شاؤوا ثم إن ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن
على البائع لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين وإن ضمنوا البائع سلموا المبيع للمشتري ولزم البيع لزوال المانع وأيهما اختار تضمينه
برئ الآخر حتى لا يرجعوا عليه وإن توت القيمة عند الذي اختاره لأن المخير بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين حقه فيه
وليس له أن يختار الآخر ولو ظهر العبد بعدما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل إن كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة
أو باليمين لأن حقهم تحول إلى القيمة بالقضاء وإن قضى لهم بالقيمة وإن شاؤوا ردوها وأخذوا العبد فيبيع لهم لأنه لم يصل إليهم كمال
حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك كذا ذكره في النهاية وعزاه إلى المبسوط قال الشارح الحكم المذكور في المغصوب
مشروط بأن يظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وإنما شرط أن يدعي الغرماء أكثر مما ضمن وإن كان حقهم
لم يصل إليهم بزعمهم وبينهما تفاوت كثير لأن الدعوى قد تكون غير مطابقة فيجوز أن تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل
ولا يثبت لهم الخيار إذا ظهر وقيمته أكثر مما ضمن ولا يكون المذكور هنا ملخصا اه ويجاب عنه أنه لما كانت السعاية بها
يحصل لهم كمال ما لم يظهر ما ذكره الشارح وشرطوا دعواهم ولم يتعرضوا لحكم الثمن إذا ضاع وفي العناية ولو هلك الثمن في يد
المولى وقد أجازوا الغرماء البيع لا ضمان عليه ولو أجاز بعض الغرماء البيع وضمن البعض جاز قال رحمه الله ﴿وإن باعه سيده
وأعلم بالدين فللغرماء رد البيع﴾ لأن حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالأول تام
مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة وكان لهم رده وفائدة الإعلام بالدين سقوط خيار المشتري في الرد بعيب
الدين حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين وإن لم يكن لازما في حق الغرماء هذا إذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب
الغرماء والثمن لا يوفي بديونهم وإن كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لأنه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لأن
حق الغرماء يتأخر بخلاف الحال وفي النهاية زاد أو رضي الغرماء بالبيع فلا يكون لهم الرد وهذا بخلاف الرهن بالدين المؤجل
حيث لا يجوز له أن يبيعه لأن المرتهن ملك الرقبة فلا يقدر على تسليمه ولا يد للغرماء في العبد المأذون ولا في كسبه وإذا لم يوجد شيء
مما ذكرنا من تأجيل الثمن وطلب الغرماء ووفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز بإجازة الغرماء وهي مسألة الكتاب على
ما بينا وذكر محمد في الأصل أنه باطل واختلفوا في معناه فقال بعضهم معناه أنه سيبطل لأن للغير حق إبطاله وقال بعضهم معناه أنه
فاسد بدليل ما قال في الأصل أنه إذا أعتقه المشتري بعد القبض أو دبره صح ذلك ويلزمه قيمته وفي العناية فإن قيل إذا باع المولى
عبده الجاني بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء فما بالهما لا يكون مختارا لقضاء الدين من ماله الجواب بأن موجب الجناية

الدفع على المولى فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه وأما الدين فهو واجب فى ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع والاعتاق حتى يؤخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقال أنا أقضى دينه وذلك عدة بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لان قوله أنا أقضى دينه يحتمل الكفالة فلا يتعين عدة والجواب ان العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به لانه لا دليل على غيره واذا جنى العبد المأذون طولب المولى بالدفع أو الفداء لان الخصم فى رقبة العبد المأذون هو المولى لانها كسب المولى لا كسب المأذون ولهذا لو ادعى انسان فى رقبته حقا ينتصب المولى خصما للمدعى لا المأذون وكذا لا يباع رقبة المأذون المديون الا بحضرة المولى ولم يختار الفداء لان الاذن للعبد لا يحجر المالك عن الدفع لانه باق على ملكه وكل تصرف أصابه المالك فى العبد ولا يحجره عن الدفع لا يصير به مختار المباين فى كتاب الجنايات وان دفعه بالجناية ولحقه دين بيع فى الدين و يرجع أصحاب الجناية بقيمته على مولاه لان حقهم ثبت فى عبد فارغ عن الدين وانما صار مشغولا من جهة المولى بعد ثبوت حقهم فصار المولى ضامنا بخلاف ما لو جنى العبد بعد لحوق الدين ودفعه المولى الى أصحاب الجناية ثم بيع العبد بعد الدفع بدين الغرماء لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشئ لانه وصل اليهم قدر حقهم فان حقهم فى عبد مشغول بالدين يباع فيه وقد وصل اليهم كذلك وكذلك لو أذن له ولم يلحقه دين حتى قتل رجلا خطأ ثم لحقه دين ألف درهم فدفع بالجناية و بيع فى الدينين يرجع صاحب الجناية الاخيرة على مولاه بنصف قيمة نصيبه من الدين الباقى لانه لو وجب الدينان قبل الجناية لا يرجع أصحاب الجناية على المولى بشئ ولو وجب الدينان بين الجناية يرجع أصحاب الجناية على المولى بجميع قيمة العبد واذا وجب أحدهما قبل الجناية والآخر بعدها كان لكل دين حكم نفسه أقر على عبده بجناية ثم عجابة دفع اليهما نصفين ثم يرجع صاحب الجناية الاولى على المولى بنصف قيمته اذا تكاذب الاولياء لان الاقرار بالجناية الثانية اقرار بملك العبد من أولياء الجناية وصحة تمليك العبد من أولياء الجناية لا يمنع صحة الاقرار بالجناية الثانية و بالاقرار بالجناية لا يصير مختارا للفداء ولا ضامنا قيمة العبد لانه لا يعجز عن الدفع و يمكنه دفع جميع العبد الى أصحاب الجناية الاولى على عبده المأذون دين معروف أو أقر به المولى ثم أقر عليه بجناية لم يصدق الا أن يقضى دينه ولو كان عليه جناية معروفة وأقر المولى على عبده بالجناية الثانية صح اقراره والفرق ان دين العبد يمنع المولى من تمليك العبد من غيره الا برضا الغرماء ألا ترى لو باعه أو وهبه كان لهم أن ينقضوا فكذا يمنع صحة الاقرار بما يوجب تمليكه من غيره فاما جناية العبد لا تمنع المولى من تمليك العبد من غيره ألا ترى لو باعه أو وهبه من غيره صح ولم يكن لولى الجناية نقضه وفقهه ان دين العبد واجب فى ذمة العبد لا فى ذمة المولى وتعلق بماليته المالية فى العبد والحق الثابت فى العين يحجر المالك من تمليكه من غيره ولا يتضمن ابطال حق الغير كحق المرتهن فى الرهن فاما موجب جناية العبد تجب فى ذمة المولى وهو الدفع أو الفداء الا انه يتعلق بالعبد وهو دفعه ولا يتعلق بماليته واذا كان موجب الجناية يتعلق بذمة المولى ولا يحجره عن التصرف فيه لانه تصرف فى محل خالص له لا حق للغير فيه الا انه اذا استهلكه ضمن قيمته لان العبد محل اقامة حقهم وهو الدفع فصار كنصاب الزكاة وجبت فيه الزكاة ولا يحجر المالك عن التصرف فيه واذا استهلكه ضمن فكذا هذا ولو قتل رجلا عمدا وعليه دين فصالح المولى على ان جعل العبد لاصحاب الجناية عفقهم لم يجز وليس لهم أن يقتلوه وقد سقط القصاص ويباع فى الدين فان فضل شئ كان لاصحاب الجناية والا فلا شئ له على أحد أبدا لان تملك المولى العبد من ولى القصاص بالصلح لو صح يؤدى الى ابطال حق الغرماء وفى المحيط محجور اشترى ثوبا ولم يعلم مولاه بذلك حتى باع العبد ثم أجاز شراءه لم يجز الشراء أبدا ولو باع ثوبا من رجل ثم ان المولى باع العبد وأجاز البيع جاز لان بيع العبد لم يفسخ البيع الموقوف فالاجازة صادفت عقدا موقوفا فصحت عبد محجور اذا ان رجلا فنهى مولاه من عليه الدين أن يدفع الى العبد فقضى الغريم عين ما أخذ برئ عند الامام فى الوجهين لان الادانة من المحجور عليه موقوفة وحقوق العقد ترجع الى العاقد فى النافذ والموقوف جميعا كما فى الفضولى اذا أدان مال غيره فقضاه المديون برئ فكذا هذا وفى المحيط عبد محجور عليه دين اكتسب دراهم بغير اذن السيد واشترى بها ثوبا والسيد ينظر اليه وسكت صار العبد مأذونا فى التجارة وللمولى أن يرجع بالدراهم على البائع ويرجع البائع بالدراهم دينا على العبد محجور اشترى دارا وباعها ثم بلغ المولى فأجاز البيع والشراء قال يجوز الشراء ولا يجوز البيع لانه لما أجاز الشراء فقد ظهر ملك المولى بناء على موقوف فابطله وفى المحيط أسروا العبد المأذون وأحرزوه ثم ظهر المسلمون عليهم أخذه مولاه بغير شئ قبل القسمة و بعدها بقيمته فان كان جنى جناية وكان عليه دين لزماه قال رحمه الله ﴿وان غاب البائع فالمشترى

ليس بخصم لهم ﴾ يعني لو باع المولى عبده المأذون المديون وقبض الثمن وسلمه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصما
للغرماء إذا أنكر المشتري الدين وهذا عند الإمام ومحمد وقال أبو يوسف يكون المشتري خصما ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف إذا
اشترى دارا ووهبها وسلمها له ثم غاب المشتري والواهب ثم حضر الشفيع فالموهوب له لا يكون خصما عندهما خلافا له هو يقول إن
ذا اليد يدعي الملك لنفسه في العين فيكون خصما فيها كما لو ادعى ملك العين ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع
والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عنه بخلاف ما إذا ادعى الملك لأن صاحب اليد تظهر في الاتهام
أنه كان غاصبا منهم والغاصب يكون خصما ويخالف دعوى الرهن لأن فيه فائدة لأن الرهن لا يباع ولو صدق المشتري في الدين كان
للغرماء أن يردوا البيع بالإجماع لأن إقراره حجة عليه فيفسخ بيعه إذا لم يوف الثمن بديونهم ولو كان البائع حاضرا والمشتري غائبا
فلا خصومة بينهم وبين البائع بالإجماع حتى يحضر المشتري لأن الملك واليد للمشتري ولا يمكن وهو غائب إبطالهما لكن لهم أن
يضمنوا البائع قيمته لأنه صار متلفا حقهم بالبيع والتسليم فإذا ضمنوه القيمة جاز البيع وكان الثمن للبائع وإن اختاروا إجازة
البيع أخذوا الثمن ولو قال إذا غاب أحدهما فالحاضر ليس بخصم إذا أنكر لكان أولى اهـ قال رحمه الله ﴿ومن قدم مصرا
وقال أنا عبد فلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة﴾ يعني يقبل قوله في الإذن في حق كسبه حتى تقضى منه ديونه والمسألة على
وجهين أحدهما أن يخبر أن المولى أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق وجه الاستحسان أن الناس
تعاملوه من غير إنكار شيء من ذلك وإجماع المسلمين حجة يخص بها الأثر ويترك بها القياس ولأن في ذلك ضرورة وبلوى فإن الإذن
لا بد منه لصحة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه وما عمت بليته اتسعت قضيته والثاني
أن يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء ففي الاستحسان يثبت إذنه لأن الظاهر أنه مأذون لأن عقله ودينه يمنعه عن ارتكاب المحرم لأن
الظاهر هو الأصل فيعمل به فيصح تصرفاته وإن لم يوف الكسب الدين لا يباع رقبته لأنها ملك المولى فلا يصدق فيه ولا يلزم من
وجوب الدين عليه أن يباع فيه كما لو كان المديون مدبرا أو أم ولد بخلاف الكسب فإن المولى لا يملكه وفي المحيط لو جاء بأمة فقال
هذه أمتي فبايعوها فولدت ثم استحقت ضمن لهم قيمتها وقيمة أولادها ولا يضمن ما وهب لها وما كسبت ويضمن القيمة في
يوم الاستحقاق لا يوم الغرور ولو قال لأهل السوق بايعوه ثم نهى واحدا أو اثنين عن مبايعته ثم استحق لم يضمن لمن نهاه
لأن التخصيص في الحجر عن المبايعة صحيح ولو دخل رجل بعبد من السوق وقال هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة وقد لحقه
دين ثم وجد حرا لم يكن غارا ولو قال بايعوه ضمن لهم الأقل من القيمة ومن الدين والفرق أن الأمر بالمبايعة لا ينفك عن وجوب
الدين والإذن ينفك ولو قال هذا عبدي فبايعوه وقد أذنت له في التجارة ولم يقل أذنت فهو غار ولو قال هذا مدبري قد أذنت له
في التجارة فلحقه دين فاستحقه رجل لم يضمن الذي غرهم شيئا ولو قال بايعوه في البز ضمن إذا بايعوه في كل نوع ولو قال
أذنت له في التجارة لأقوام بأعيانهم فبايعه غيرهم فوجد حرا أو مستحقا المغرور ضمن لمن أمره خاصة فإن قلت قد تقدم
أن العبد يباع في الدين إذا أذن له ولو لم يقل بايعوه وهنا لا يضمن إلا إذا قال أذنت وبايعوه قلنا هذا ضمان غرور فلهذا اختص بمن
أمره خاصة دون غيرهم لأن الناس يتساوون في المعاملات ولو قال بايعوه ولم يقل إنه عبدي لم يكن غارا ولم يضمن لأحد شيئا
ولو كان الذي قال هذا عبدي صبيا أو مكاتبا أو مدبرا لا غرور كفالة لم يضمن شيئا اهـ ولو قال هذا ابني وقد أذنت له في التجارة
فبايعوه وقد كان ابن غيره فهو غار لأنه أطمعهم أن ديونهم تجب في ذمة الصبي ويستوفى من ماله بسبب إذنه وقد ظهر الأمر بخلافه
اهـ قال رحمه الله ﴿فإن حضر وأقر بالإذن بيع وإلا فلا﴾ يعني إذا حضر المولى وأقر بإذنه بيع في الدين لظهور الدين
في حقه بإقراره وإن قال هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر إلا إذا أثبت الغرماء الإذن منه بالبينة كالثابت عيانا
إذ هي مثله كاسمها قال رحمه الله ﴿وإن أذن للصبي أو المعتوه الذي يعقل البيع والشراء وليه فهو في الشراء والبيع كالعبد
المأذون له﴾ في جميع ما ذكرنا من الأحكام ولا يتقيد بنوع من التجارات دون نوع ويكون مأذونا بالسكوت حين رآه يبيع
ويشتري ويصح إقراره بما في يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عند الإمام خلافا لهما إلى غير ذلك من الأحكام التي ذكرناها
في العبد المأذون والمراد بكونه يعقل البيع أن يعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب وأن يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير
من الفاحش وقال لا ينفذ تصرفه وبيان الدليل من الجانبين مذكور في المطولات فإن قلت كيف يستقيم تعميم قوله إن ما ثبت

فى العبد من الاحكام يثبت فى الصبى المأذون مع التخلف فى بعضها وهو ان المولى محجور عن التصرف فى مال الصبى وان كان عليه دين محيط بماله والرواية فى المبسوط فات الجواب من وجهين ان ما ذكر فى الكتاب من التعميم فى تصرفات العبد فى ماله وتصرفات الصبى فى ماله لا فى تصرف المولى وعدمه فلا يرد نقضا والثانى وهو الفرق المذكور فى المبسوط انما ملك الاب والوصى التصرف فى مال الصبى سواء كان عليه دين أو لا لان دين الحر فى ذمته لا تعلق له بماله بخلاف العبد فان دينه يتعلق بماله والمراد بالولى ولى له التصرف فى المال وهو أبوه أو وصى الاب ثم جده ثم القاضى أو وصى القاضى وأما ما عدا الاصول من العصبة كالعم والاخ أو غيرهما أو وصيهم وصاحب الشرطة لا يصح اذنهم له لانهم ليس لهم ان يتصرفوا فى ماله تجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها والاولون يملكون التصرف فى ماله فكذا يملكون الاذن له فى التجارة وكذا للصبى والمعتوه ان يأذن لعبده أيضا لان الاذن فى التجارة تجارة معنى وليس لابن المعتوه ان يأذن لابيه المعتوه ولا ان يتصرف فى ماله وكذا اذا كان الابن محجورا لان ولاية التصرف فى المال للقريب لا تثبت الا اذا كان المتصرف كامل الرأى ووصيهما قائم مقامهما فيكون معتبرا بهما فيملك الاذن للصغير والمعتوه الذى بلغ معتوها واذا بلغ رشيدا ثم عته كان الفقيه أبو بكر البلخى رحمه الله يقول لا يصح الاذن له قياسا وهو قول أبى يوسف رحمه الله ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله تعالى وليس للصبى والمعتوه المأذون ان يتزوجا ولا يزوجا مماليكهما لانه ليس من باب التجارة الا ان يأذن لهما المولى بالتزوج أو تزويج الامة لان الولى يملك ذلك فيملك تفويضه اليهما بخلاف المولى فانه يملك تزويج عبده المأذون له فيملك العبد أيضا اذا فوض اليه وان كان لا يملك عند اطلاق الاذن وحاصله ان الصبى والمعتوه المأذون لهما كالعبد المأذون له فى جميع ما ذكرنا من الاحكام الا أن الولى لا يمنع من التصرف فى مالهما وان كان عليهما دين ولا يقبل اقراره عليهما وان لم يكن عليهما دين بخلاف المولى والفرق ان اقرار المولى عليهما شهادة لانه اقرار على غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما وانما هو فى الذمة لانهما حران فكان للولى عليهما ان يتصرف فيهما بعد الدين كما كان قبله فان قيل اذا لم يملك المولى الاقرار عليهما فكيف يملكانه ولايتهما مستفادة منه قلنا لما انفك عنهما صارا كما اذا انفك بالبلوغ فيقبل اقرارهما على أنفسهما بخلاف المولى لانه اقرار على غيره فلا يقبل على ما بينا ولانهما لو لم يقبل اقرارهما لامتنع الناس عن معاملتهما فلا يحصل المقصود بالاذن فالجأت الضرورة الى قبوله فيما هو من التجارة لان التجارة فيها حتى لو أقر بعين موروثة فى ملكهما لا يقبل اقرارهما فيما روى عن أبى حنيفة لعدم الحاجة الى القبول لانه ليس من باب التجارات وفى ظاهر الرواية يقبل لما ذكرنا انه كالمحرر بالاذن كانفكاكه بالبلوغ والله تعالى أعلم

* (فصل) * وغير الاب والجد لا يتولى طرفى عقد المعاوضة المالية لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فيصير الواحد طالبا مطالبا ومسلما ومتسلما وهكذا الحال وكذا الاب والجد قياسا وهو قول زفر رحمه الله ويجوز استحسانا وهو انه لكمال شفقته قام مقام شخصين وعبارته مقام عبارتين ورأيه مقام رأيين فجعل كأنه باعه منه وهو بالغ وهو يتحمل لحق الابوة لحقوق العقد نيابة عنه حتى اذا بلغ الصغير كانت العهدة على الصغير وفيما اذا باع ماله لاجنبى فبلغ الصغير كانت العهدة على الاب بطريق التحمل لا بحكم العقد ولا يؤدى الى الاستحالة ولو اشترى مال ولده الصغير أو باع ماله منه بغبن يسير صح ويكفيه ان يقول بعته منه أو اشتريته له لان كلامه قائم مقام كلامين ولان نفس القبول لا يعتبر وانما يعتبر الرضا ولهذا ينعقد بالتعاطى من غير ايجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضا ولو وكل رجلا بأن يبيع عبده من ابنه الصغير أو يشترى عبد الصغير له ففعل لا يصح العقد لعدم كمال هذه الشفقة ولا يمكن الحاقه بالاب فبقى على أصل القياس الا اذا كان حاضرا وقيل انه يجوز وتكون العهدة من جانب الابن على أبيه أو من جانب الاب على الوكيل لان تصرف الاب لنفسه فانه مباح وللصغير فرض لانه من باب النظر فيجعل الاب متصرفا للصغير تحقيقا للنظر ولو وكل رجلا يبيع مال ولده فباع من موكله أو باع الوالد مال أحد ولديه بمال الآخر أو أذن لهما فيه أو لعبديهما أو جعل لكل واحد منهما وكيلا ووصيا صح ولو أذن لهما أو لعبديهما أو وصيهما فتبايعا لم يجز لانهما استفادا ولاية التصرف عنه وهو لا يملك بنفسه فكذا الصبيان بخلاف ما لو أذن الاب لانه لو فعل بنفسه صح فاذا فعل باذنه صح وصح بيع الوصى ماله من الصبى وشراؤه منه بشرط نفع ظاهر وهو ان يبيع ما يساوى درهمين بدرهم وقيل ما يساوى ألفا بثمانمائة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يجوز لما مر من الاستحالة وله ان الوصى مختار الاب ولكنه قاصر الشفقة فعند أبى حنيفة النظر يلحق بالاب ويروى رجوع أبى يوسف رحمه الله الى قول أبى

حنيفة رحمه الله وفي الجامع الكبير وان باع بمثل القيمة أو بأقل من قيمته بحيث يتغابن في مثله جاز وفي الجناية العبد والوصي اذا باع
بغبن فاحش يجوز عنده في قول الامام وفي جامع الفتاوى الاب اذا أذن لابنه في التجارة ثم أمر رجلا أن يشتري من أحدهما شيأ للآخر
لا يصح اذا كان هو المعبر عنهما وان عبر عن أحدهما والآخر عن نفسه جاز وفي الخانية وليس للصبي ان يزوج أمته في قول الامام
والثاني لا يزوج أمة من عبده عند الكل وفي الذخيرة اذا حجر عليه القاضي أو الاب أو الوصي صار محجورا وكذا اذا مات الاب أو
الوصي صار محجورا عليه واذا أذن لعبد ابنه ثم مات الابن وورثه الاب صار محجورا عليه وفي المحيط واذا باع صبي محجور عبده بألف
درهم وضمن رجل للمشتري الدرك ثم دفع الثمن فاستحق العبد رجع المشتري بالثمن على الكفيل ولو دفع الثمن ثم ضمن لم يرجع
لان الكفالة قبل قبض الثمن صحيحة وبعده فاسدة لان الثمن بعد قبض الصبي أمانة عنده لانه قبضه باذن المالك ٧ قال ادفع الثمن
للصبي ليكون أمانة عنده على أني ضامن لك فصير مستقرضا للمال من المشتري ثم أمره بدفعه الى الغير فيكون قبض الصبي عن
قبض الضامن أوّلا ثم يصير قابضا لنفسه اهـ والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الغصب ﴾

أورد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة مآلا حتى صح اقرار المأذون به ولم يصح بدين
المهر من أنواع التجارة دون الثاني اذ المغصوب مادام قائما بعينه لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك
لرقبته وما في يده من مال التجارة الا أنه قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا في النهاية وانظر
في هذه المناسبة بأن الغصب عبارة عن ازالة اليد والازالة ليست من أنواع التجارة والذي أرى أن وجه المناسبة ما ذكره صاحب
غاية البيان حيث قال المأذون يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف لا بالاذن الشرعي فبينهما مناسبة المقابلة
والكلام في الغصب من وجوه الاول في معناه لغة والثاني في ركنه والثالث في شرطه والرابع في صفته والخامس في حكمه
والسادس في أنواعه والسابع في دليله والثامن في معناه عند الفقهاء فهو في اللغة عبارة عن أخذ الشيء على وجه الغلبة والقهر سواء
كان متقوما أو غيره يقال غصب زوجة فلان وولده ويقال على حمل الانسان على فعل ما لا يرضاه يقال غصبني فلان على فعل كذا
وركنه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وشرطه كون المغصوب قابلا للنقل والتحويل وصفته أنه حرام يحرم على الغاصب ذلك
وحكمه وجوب رد المغصوب ان كان قائما ومثله ان كان هالكا أو قيمته وأنواعه وهو على نوعين نوع يتعلق به المأثم وهو ما وقع عن
علم انه مال الغير ونوع لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع عن جهل كمن أتلف مال غيره وهو يظن أنه له ودليله قوله تعالى وكان وراءهم
ملك يأخذ كل سفينة غصبا ومعناه عند الفقهاء ما سيذكره المؤلف قال رحمه الله ﴿ هو ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة في
مال متقوم محترم قابل للنقل ﴾ فقوله هو ازالة اليد المحقة أخرج زوائد المغصوب فانها غير مضمونة لانه ليس فيها ازالة وكذا لو غصب
دابة فتبعها أخرى أو ولدها لا يضمن لعدم الازالة وقوله في مال يشمل المال المتقوم وغير المتقوم وقوله محترم أخرج الخمر والخنزير
اذا كان لمسلم فانه لا يكون غاصبا وقوله محترم أخرج مال الحربي فانه غير محترم وقوله قابل للنقل أخرج العقار ولا يخفى أن هذا
التعريف غير جامع ولا مانع اما كونه غير جامع فانه لا يشمل ما اذا قتل انسان انسانا في معركة وترك ماله ولم يأخذه فانه يكون غاصبا
اذ لم يزل يد المالك ولم يثبت يده ولأنه لا يشمل ما اذا غصبها من يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن أو المودع أو غصب مال الوقف مع أنه
لم يزل اليد المحقة وأفتى الامام ظهير الدين أنه لا يضمن فان الغاصب في هذه الحالة لم تزل يده يد المالك هنا بناء على عدم كونه في يده
وقت الغصب وازالة اليد فرع تحققها فيراد في التعريف ٧ وبعضه ولذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا أخذ مال متقوم محترم
بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده أو يقصر يده ان لم يكن في يده وأما كونه غير مانع فانه يصدق على السرقة
فيزاد في التعريف على سبيل المجاهرة ولذا قال في البدائع على سبيل المجاهرة أخرج السرقة قال في الهداية بغير اذن المالك قال
صاحب الاصلاح والايضاح بغير اذن قال في شرحه وانما لم نقل باذن مالكه لان كون المأخوذ ملكه ليس بشرط لوجوب الضمان
فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك أصلا صرح به في البدائع قال رحمه الله ﴿ والاستخدام والحمل على الدابة غصب ﴾
لانه باستخدام عبد الغير أو الحمل على دابة الغير بغير اذن المالك أثبت فيه اليد المتصرفة ومن ضرورة اثبات اليد ازالة يد المالك
عنه فتحقق الغصب فيضمن أطلق في الاستخدام فشمل ما اذا استخدمه في حاجة نفسه أو غيره وانما يكون غاصبا في الاول قال

في فتاوى أهل سمرقند هذا إذا استعمله في أمر من أمور نفسه أما إذا استعمله لا في أمر نفسه لا يصير غاصبا اهـ واستعمال عبد الغير
غصب علم أنه للغير أو لم يعلم ولو جاءه وقال أنا حر فاستعمله كان غاصبا له وفي فتاوى أهل سمرقند إذا قال لعبد الغير ارق هذه الشجرة
وأنثر المشمش لتأكل أنت فوقع من الشجرة فمات لم يضمن الآمر وفي السراجية وقيل يضمن ولو قال لنأكل أنا وأنت فالمسئلة بحالها
يضمن وفي الخانية رجل أرسل غلاما صغيرا في حاجة بغير إذن أهله فرأى الغلام غلمانا يلعبون فانتهى إليهم وارتقى شجرة فوقع
ومات ضمن الذي أرسله لأنه غاصب له بالاستعمال وفي الينابيع لو استخدم عبد غيره أو قاد دابته أو ساقها أو ركبها أو حمل عليها شيئا
بغير إذن المالك ضمن سواء عطبت في تلك الخدمة أو غيرها ولو أتى العبد في حال الاستخدام ضمنه وفي أجناس الناطفي إذا
استعمل العبد المشترك بغير إذن شريكه روى عن محمد لا يصير غاصبا وروى هشام أنه يصير غاصبا نصيب صاحبه وفي الدابة يصير
غاصبا نصيب صاحبه بالحمل والركوب وفي الروايتين فظاهر عبارة المتن أنه يصير غاصبا بنفس الحمل حوّلها عن مكانها أولا قال في
فتاوى أبي الليث ركب دابة بغير إذن مالكها ثم نزل عنها وتركها في مكانها ذكر في آخر كتاب اللقطة أنه يضمن والصحيح أنه لا يضمن
حتى يحوّلها وفي العيانية هو المختار وفي المنتقى لا ضمان عليه رجل تعدّى على ظهر دابة ولم يحوّلها عن موضعها وجاء رجل آخر
وعقرها فالضمان على الذي عقرها وفي أجناس الناطفي رجل يكسر الحطب فجاء غلام وقال أعطني القدوم حتى أكسر أنا مكانك
فأبى صاحب الحطب فأخذ الغلام القدوم فكسر فضرب فوقع بعض المكسور على عين الغلام لا يكون على صاحب الحطب شيء
ولو وجه جارية إلى النخاس ليبيعها فبعثتها امرأة النخاس في حاجتها فهربت فالضمان على المرأة وفي فتاوى أبي الليث جارية جاءت
إلى النخاس وطلبت البيع ثم ذهبت ولا يدري أين ذهبت وقال النخاس رددتها على مولاها فالقول له والمعنى أن النخاس لم يأخذ
الجارية ومعنى الرد أمرها بالذهاب إلى منزل السيد ولو أخذها النخاس أو ذهب بها إلى منزل مولاها ولا يصدق في قوله رددتها فلو قال
رحمه الله وبالاستخدام له والحمل والتحويل لكان أولى لما علمت قال رحمه الله ﴿لا الجلوس على البساط﴾ لأن الجلوس على
بساط الغير ليس بتصرف فيه ولهذا لا يرجح به المتعلق به عند التنازع ما لم يتصرف بيده والبسط فعل المالك فبقي أثر يد المالك فيه
ما بقي فعله لعدم ما يزيله من النقل والتحويل قال رحمه الله ﴿ويجب رد عينه في مكان غصبه﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد
ما أخذت حتى ترد أي على صاحب اليد ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لأحد أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا وإن أخذه فليرده
عليه والمعنى أنه لا يريد أن يأخذه سرقة ولكن يريد إدخال الغيظ عليه ولأنه بالأخذ فوت عليه اليد وهي مقصودة لأن المالك
يتوصل بها إلى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والإذن مع أنها لا تفيد سوى اليد فيجب عليه
نسخ فعله دفعا للضرر عنه وأتم وجوهه رد عينه في مكان غصبه لأن المال يختلف باختلاف الأماكن ورد العين هو الموجب الأصلي
لأنه أعدل ورد القيمة أو المثل مخلص فيصار إليه عند تعذر رد العين ولهذا لو أتى بالمثل أو القيمة عند القدرة على العين لا يعتد به ولو
رد العين من غير علم المالك برئ منها ولو لم يكن هو الموجب الأصلي لما برئ إلا بالأداء إليه وقبضه كما في قبض المثل أو القيمة وقيل الموجب
الأصلي هو المثل أو القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو أبرأه عن الضمان حين قيام العين يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك والإبراء
عن العين لا يصح ولو كان له ماصب نصاب ينتقص به كما ينتقص بالدين فدل على أن الواجب المثل أو القيمة ووجوب رده في مكان
غصبه مقيد بما إذا لم يتعين بزيادة أو نقصان كما سيأتي وكذلك يجب أداء القيمة في مكان غصبه في الخانية رجل غصب عبدا
حسن الصوت فتغير صوته عند الغاصب كان له النقصان ولو كان العبد مغنيا فنسي ذلك عند الغاصب لا يضمن الغاصب وفي المنتقى
غصب من آخر دواب بالكوفة فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذها وإن شاء قيمتها بالكوفة قال وكذا الخادم وكذا ماله حمل ومؤنة
إلا الدراهم والدنانير فإنه يأخذها حيث وجدها وإن اختلف السعر لأنها أثمان وليس له أن يأخذ القيمة وإن كان المغصوب مثليا وقد
هلك في يد الغاصب فإن كان السعر في المكان الذي التقيا فيه مثل السعر في مكان الغصب أو أكثر برئ برد المثل وإن كان في المكان
الذي التقيا فيه أقل فهو بالخيار إن شاء أخذ قيمة العين حيث غصبه وإن شاء انتظر وفي الخانية فإن كانت القيمة في المكانين سواء
كان للمغصوب منه أن يطالبه بالثمن وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رجل غصب حنطة بمكة وحملها إلى بغداد قال عليه قيمتها بمكة ولو غصب
غلاما بمكة فجاء به إلى بغداد فإن كان صاحبه من أهل مكة عليه قيمته وإن كان من غير أهل مكة أخذ غلامه وفي الينابيع قال ابن
سماعة سمعت أبا يوسف في رجل غصب عبدا فذهب به إلى قرية فلقيه المغصوب منه فخاصمه فهو بالخيار إن شاء أخذ عبده بعينه

وإن شاء أخذ قيمته يوم غصبه اهـ ولو زاد المؤلف ومكان غصبه حيث لا يتغير ولا ينقل لكان أولى قال رحمه الله ﴿أو مثلها إن هلك
وهو مثلي﴾ يعني يجب عليه مثل المغصوب إن هلك عنده لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولأن
حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد أمكن اعتبارهما بإيجاب المثل فكان أعدل وأتم فكان إيجابه أولى من القيمة وأطلق في
المثل فشمل الباطف المنقور والدهن المربى وفي التتارخانية برقوم ومشايخنا أفتوا في المنور وفات الباطف المنقور والدهن المربى
فقالوا الواجب القيمة فيهما وفي السير الكبير ومن أتلف على آخر حنطة فعليه قيمة الحنطة مع أنه مثلي موزون والمراد بالمثلي المكيل
والموزون الذي ليس في تبعيضه ضرر والعدد المتقارب والبيض والفلوس الرائجة وما أشبه ذلك من العددي الذي لا يتفاوت قال
رحمه الله ﴿وإن انصرم المثلي فقيمته يوم الخصومة﴾ يعني إذا انقطع المثلي عن أيدي الناس يجب على الغاصب قيمته يوم
الخصومة وهذا قول الإمام وقال الثاني يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لأن المثل هو الواجب والقيمة إنما يصار إليها للعجز عنه
والعجز يوم الانقطاع فيعتبر فيه وللثاني أن المثل لما انقطع التحق بالقيمي وفيه يعتبر القيمة يوم الغصب وللإمام أن المثل هو
الواجب بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو صبر إلى أن يعود المثل كان له ذلك وحد الانقطاع أن لا يوجد
في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت ذكره في النهاية وقال في النهاية فإن قلت ولم قدم قول أبي يوسف في التعليل
ولم يوسطه كما هو حقه قلت لعله أن يكون هو المختار لأنه أعدل الأقوال قال رحمه الله ﴿وما لا مثل له فقيمته يوم غصبه﴾ وهذا
بالإجماع وهو المذروع والحيوان والمعدودات المتفاوتة والوزني الذي يضره التبعيض لأنه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى
وهو الكامل فوجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لأنها تقوم مقامه ويحصل بها مثله واسمها ينبئ عنه وقال الإمام مالك يضمن
مثله صورة لما روي عن أنس رضي الله عنه قال كنت في حجرة عائشة رضي الله عنها قبل أن يضرب الحجاب فأتي بقصعة من ثريد
بعض أزواجه عليه الصلاة والسلام فضربت عائشة القصعة بيدها فكسرتها وجاءت بقصعة مثل تلك القصعة في يدها فاستحسن
رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك منها الحديث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في عبد بين رجلين يعتق أحدهما نصيبه فإن كان
موسرا ضمن نصيب الآخر وإن كان معسرا سعى العبد في قيمة نصيب شريكه وهذا نص صريح في اعتبار القيمة فيما لا مثل له
والآية شاهدة لنا لأنه هو المثل المتعارف بين الناس وفعل عائشة رضي الله تعالى عنها كان على طريق المروءة ومكارم الأخلاق
لا على طريق الواجب إذ كانت القصعتان للنبي صلى الله عليه وسلم قال صاحب النهاية وتحقيقه أن معناه الشيء الذي لا يضمن
بمثله من جنسه لأن الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى اهـ فعلى هذا كان على المؤلف رحمه الله تعالى أن يغير العبارة فيقول
وما لا مثل له من جنسه وأطلق في قوله يوم غصبه فشمل ما إذا زادت قيمته بعد أو نقصت أو استمرت على حالة واحدة وفي شرح
الطحاوي ولو غصب من رجل عبدا أو جارية تساوي ألف درهم فازدادت قيمته أو نقصت ثم هلك عنده ضمن قيمته يوم غصبه
بالإجماع ولو لم يهلك ورده على صاحبه فإن كان النقصان في البدن ضمن قيمة النقصان وإن كان النقصان في السعر لا يضمن
وشمل ما إذا هلك أو استهلكه بعد زيادة القيمة أو نقصانها أو استمرارها على حالة واحدة وأما إذا هلك أو استهلكه في يد الغاصب
أو المشتري من الغاصب وفي شرح الطحاوي ولو هلك بعد الزيادة بأن يبيعه ويسلمه إلى المشتري فهلك في يد المشتري فالمغصوب
منه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وجاز البيع والثمن للغاصب وإن شاء ضمن المشتري قيمته وقت القبض
وبطل البيع ويرجع المشتري على الغاصب بالثمن ولو زادت قيمة العبد فقتله الغاصب ضمن عاقلته قيمة العبد يوم الغصب
زائدة في ثلاث سنين وليس له أن يضمن الغاصب قيمته وقت التسليم على قول الإمام وفي قولهما له أن يضمن الغاصب قيمته
يوم الغصب حالا وإن شاء ضمن العاقلة قيمته يوم القتل زائدة في ثلاث سنين ولو كان المغصوب حيوانا سوى بني آدم فقتله
الغاصب بعد الزيادة عند الإمام لا يضمن إلا قيمته يوم الغصب وعندهما المغصوب منه بالخيار وفي الفتاوى العتابية ولو زاد العبد
ثم قتل نفسه لم يضمن الغاصب الزيادة اهـ قال رحمه الله ﴿وإن ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم أنه لو بقي لأظهره ثم قضى
عليه ببدله﴾ لأن حق المالك ثابت في العين ولا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه أنه صادق فيما يقول كما إذا ادعى المديون الإفلاس
وليس لحبسه حد مقدر بل موكول إلى رأي القاضي كحبس الغريم بالدين ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس
المالك وأقاما البينة فبينة الغاصب أولى عند محمد لأنها تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي العوارض وعند أبي يوسف بينة

المالك أولى لانها تثبت وجوب الضمان والآخر منكر والبينة للاثبات وأطلق في قوله حبسه ومحله ما دام لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان قلت قال في الذخيرة ان الغاصب اذا غيب المغصوب فالقاضي يقضي بالقيمة من غير تلوم فما وجه قوله قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الاصل كذا في العناية قال رحمه الله ﴿والغصب فيما ينقل ويحول﴾ لانه ازالة يد المالك باثبات يد وذلك يتصور في المنقول قيل النقل والتحويل واحد وقيل التحويل النقل من مكان والاثبات في مكان آخر والنقل يشتمل عليه بدون الاثبات في مكان آخر والمقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول فالقصر معتبر في التركيب المذكور وأداة القصر في هذا التركيب وتعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرحوا به في علم الادب ويتلوه نحو التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش قال رحمه الله ﴿فان غصب عقارا وهلك في يده لم يضمنه﴾ وهذا عند الامام وأبي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يضمنه وهو قول أبي يوسف أولا وفي العيني وبه يفتى بقول محمد في عقار الوقف ولان الغصب يتحقق بوصفين باثبات اليد العادية وازالة اليد المحقة وذلك يمكن في العقار لان اثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه فاذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة ولهذا يضمن العقار المودع بالجحود والاقرار لغير المالك وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء ولقوله عليه الصلاة والسلام من غصب شبرا من أرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين ولهما ان الغاصب تصرف في المغصوب باثبات يده وازالة يد المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله وأقصى ما يكون فيه اخراج المالك منه وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان ومسائل الوديعة على الخلاف على الاصح ولا يلزمه ولئن سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم واطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق غصب موجب للضمان كاطلاق لفظ البيع على بيع الحر لقوله عليه الصلاة والسلام من باع حرا الحديث لا يدل على تحقق بيع الحر وهذا لما عرف ان في لسان الشرع حقيقة ومجازا وفي هذا سؤال تقديره كيف جمع بين لفظ غصب وعدم الضمان مع ان الغصب موجب للضمان وعلى هذا الخلاف لو باع العقار بعد الغصب وأقر بذلك وكذبه المشتري لا يقبل اقراره في حق المشتري لان ملكه ظاهر ولا يضمن البائع عندهما لانه لم يتلفه وانما تلافه مضاف الى عجز المالك عن اقامة البينة وفي الكافي ولو غصب عقارا وهلك في يده بان غلب السيل عليه فهلك تحت الماء أو غصب دارا فهدمت بآفة سماوية أو سيل فذهب بالبناء لم يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد والشافعي وزفر وهو قول أبي يوسف أولا يضمن وفي البزازية والصحيح قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي الينابيع فان حدثت هذه الاشياء بفعل أحد من الناس فضمانه على المتلف عندهما وعند محمد هو مخير بين ضمان الغاصب والمتلف فان ضمن الغاصب يرجع على المتلف وان حدثت هذه الاشياء بفعل الغاصب وسكناه فالضمان عليه بالاجماع وفي الكافي وعلى هذا أي على غصب العقار لا يضمنه وجوبا للضمان اذا باع دار الرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف آخرا وعند محمد يضمن قيمتها ومعنى المسئلة اذا باعها واعترف بالغصب وكذبه المشتري كذا ذكره فخر الاسلام قال رحمه الله ﴿وما نقص بسكناه وزراعته ضمن النقصان كما في النقلي﴾ وهذا بالاجماع قال القدوري كما اذا انهدمت أو ضعف البناء كما لو عمل فيها حدادا فانهدمت أو ضعف البناء والفرق لهما انه أتلفه بفعله كما لو نقل ترابه والعقار يضمن بالاتلاف ولا يشترط لضمان الاتلاف أن يكون في يده ألا ترى ان الحر يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن الا بالحصول في اليد وعلى هذا لو ركب دابة الغير بغير اذنه ولم يسيرها حتى نزل ثم هلكت لم يضمن لعدم النقل وان تلفت بركوبه يضمن لوجود الاتلاف بفعله وهو نظير ما لو قعد على بساط الغير بغير اذنه وفي فتاوى أبي الليث غصب أرضا وزرعها ونبت ولصاحبها ان يأخذ الارض ويأمر الغاصب بقلع الزرع تفريغا لملكه فان أبى أن يفعل فللمغصوب منه أن يفعل وفي الذخيرة وان لم يحضر المالك حتى أدرك الزرع فالزرع للغاصب وللمالك ان يرجع على الغاصب بنقصان الارض بسبب الزراعة وان حضر المالك والزرع لم ينبت فان شاء صاحب الارض تركها حتى ينبت الزرع ثم يأمره بقلع الزرع وان شاء أعطاه قيمة بذره لكن مبذورا في أرض غيره وهو ان تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فيضمن فضل ما بينهما والبذر له وفي العيون غصب من آخر أرضا وزرعها حنطة ثم اختصما وهي بذر لم تنبت بعد فصاحب الارض بالخيار ان شاء تركها حتى تنبت ثم يقول له اقلع زرعك

وإن شاء أعطاه ما زاد البذر فيه ونظر في معرفة ذلك أن تقوم مبذورة وغير مبذورة فيضمن فضل ما بينهما وفي الحاوي
وروي عن أبي يوسف أنه تقوم الأرض غير مبذورة فيها وتقوم وهي مبذورة بذرا مستحق القلع فيضمن فضل ما بينهما وهو
قيمة بذر مبذور في أرض الغير فيضمن الفضل وفي الحاوي غصب حنطة فزرعها يتصدق بالفضل الأعلى قول أبي يوسف
وفي المنتقى إملاء وفي نوادره عن أبي يوسف أرض بين رجلين زرعها أحدهما بغير إذن شريكه ثم أراد صاحبه أن يعطي غير الزارع
نصف البذر ويكون الزرع بينهما نصفين قال إن كان ذلك منهما بعدما نبت الزرع فهو جائز وإن كان قبل أن ينبت لا يجوز ولكن
إن كان الزرع قد نبت وأراد الذي لم يزرع أن يقلع الزرع فإن الأرض تقسم بينهما نصفين فما أصاب الذي لم يزرع من الزرع قلعه
ويضمن له الزارع ما دخل أرضه من نقصان الزراعة وقوله نكبا أو زراعة ليس بقيد فلو غصب عقارا وحبس عن صاحبه
حتى زرعه أو زرع صاحبه على غلتها أمتع من الزراعة يضمن النقصان لظهور العيب عنده كما لو غصب عبدا وسرق مالا
بيده وهي جارية المقوي وحاشية المعنى عنهما ذكره هذا في مسئلة العبد وفي الإسبيجابي رجل غصب أرضا فأخذها وأخذ
غلتها أو زرع الأرض كرا فخرج منه لأنه أكرار فإن أخذ رأس ماله الكر ويتصدق بالفضل ويضمن الغلة ويضمن النقصان
وهذا قولهم جميعا وفي الكافي ويأخذ الغاصب رأس ماله أي البذر وما أنفق وما غرم من النقصان ويتصدق بالفضل وهذا عند
أبي حنيفة ومحمد وعند الثاني لا يتصدق غصب نخلة من أرض إنسان فزرعها في ناحية أخرى من تلك الأرض فكبرت النخلة
وصارت شجرة فالشجرة للغارس وعليه قيمة النخلة لصاحبها يوم غصبها ويؤمر الغارس بقلع الشجرة وكذلك لو غرس رجل
نخلة نفسه في أرض غيره فلصاحب الأرض أن يأخذه بقلعها وإن كان القلع يضر الأرض أعطاه صاحب الأرض قيمة شجرته
مقلوعة كذا في الفصول وفي التتمة يوم يختصمان وعلى قياس مسئلة الزرع الذي تقدم ذكرها يمكن أن يقال أعطاه صاحب الأرض
قيمة شجرة مستحقة القلع وفي التتمة سئل عمن غرس في أرض الغير غرسا فكبر هل لصاحب أن يقول ادفع إلي قيمته
ولا تقلعه فقال لا إلا أن للغارس أن يقلعه ويضمن النقصان إن ظهر في الأرض نقصان وإنما لصاحب الأرض الأمر بالقلع فحسب
وسئل عنها علي بن أحمد فقال للغارس قيمة الأغصان حين غرسها إذا كان في قلعها ضرر بالأرض ولم يتعرض هل تعتبر
القيمة وقت الغرس أو وقت القلع وسئل الخجندي عمن غرس في أرض غيره فبقيت هل للغارس أن يقلعها فقال له أن يقلعها
إن لم ينقص الأرض وفي العتابي رجل زرع أرض نفسه حنطة فجاء رجل وألقى بذره في تلك الأرض وقلب الأرض قبل أن ينبت
بذر صاحب الأرض أو لم يقلب وسقى الأرض حتى نبت البذر فالنابت يكون للثاني عند أبي حنيفة ويكون على الثاني قيمة
بذره ولكن مبذورا في أرض غيره فتقوم الأرض ولا بذر فيها وتقوم وفيها بذره فيرجع بفضل ما بينهما فإن جاء الزارع الأول
وهو صاحب الأرض وألقى فيها بذر نفسه مرة أخرى وقلب الأرض قبل أن ينبت البذران أو لم يقلب وسقى الأرض فنبت البذر
كان الجميع نابتا لصاحب الأرض وعليه للغاصب مثل بذره ولكن مبذورا في أرض غيره وهكذا ذكر ولم يجمع الجواب
والجواب المستقيم أن الغاصب يضمن لصاحب الأرض قيمة بذره مبذورا في أرض نفسه ويضمن صاحب الأرض للغاصب
قيمة البذر لكن مبذورا في أرض الغير وهذا كله إذا لم يكن الزرع نابتا فأما إذا نبت زرع المالك فجاء رجل وألقى بذره
وسقى فإن لم يقلب حتى نبت ثانيا فإن كان الزرع النابت إذا قلب ينبت مرة أخرى فالجواب كما قلنا وإن كان لا ينبت مرة أخرى
فالنابت فهو للغاصب ويضمن الغاصب للمالك قيمة زرعه نابتا وفي الظهيرية سئل نصير رحمه الله عمن زرع أرض نفسه وجاء
رجل وزرعها شعيرا قال على صاحب الشعير قيمة بذره مبذورا وروى ذلك محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى
قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى هذا إذا رضي صاحب البذر وأما إذا لم يرض فهو بالخيار إن شاء ترك حتى ينبت فإذا نبت
يأخذ بالقلع وإن شاء رجع بالضمان فإذا استحصد الزرع وحصداه فهو بينهما على مقدار بذرهما وسئل أبو جعفر عمن
دفع كرما معاملة فأبى الكرم أو كان الدافع وأهل داره يدخلون الكرم ويأكلون منه ويحملون والعامل لا يدخل إلا قليلا هل
على الدافع ضمان قال إن أكلوا وحملوا بغير إذن الدافع فلا ضمان عليه والضمان على الذين أكلوا وحملوا وإن كانوا أكلوا بإذنه
فإن كانوا في عياله نفقتهم عليه فهو ضامن نصيب العامل وصار كأنه هو الذي أكله وإن كانوا أخذوا ذلك وهو ممن لا يلزمه نفقتهم فلا
ضمان عليه فصار كأنه دل على استهلاك مال الغير وسئل الشيخ عطاء بن حمزة رحمه الله تعالى عمن زرع أرض إنسان بغير إذنه بغير

اذن صاحب الارض هل لصاحب الارض ان يطالب بحصة الارض قال نعم ان جرى العرف فى ذلك انهم يرفعون الارض ثلث الخارج أو ربعه أو نصفه أو شئ مقدر شائع بحسب ذلك القدر الذى جرى به العرف قيل له هل فيه رواية قال نعم رجل غصب أرضا و بنى فيها حائطا فجاء صاحب الارض وأخذ الارض وأراد الغاصب ان يأخذ الحائط فان كان الغاصب بنى الحائط من تراب هذه الارض ليس له النقض و يكون الحائط لصاحب الارض فان بنى الحائط لا من تراب هذه الارض فله النقض ولم يتعرض المؤلف لما اذا نقص فى يده بغير صنعه قال القدورى رحمه الله تعالى فى كتابه غصب من آخر عبدا أو جارية فانى فى يد الغاصب ولم يكن انق قبل ذلك أو زنت أو سرقت ولم تكن فعلت ذلك قبل فعلى الغاصب ما نقصت بسبب السرقة والاباق وعيب الزنا وكذلك ما حدث فى يد الغاصب مما تنقص به القيمة من عور أو شلل أو ما أشبه ذلك يكون مضمونا فيقوم العبد صحيحا و يقوم و به العيب فيأخذه و يرجع بفضل ما بينهما وان أصابه حمى فى يد الغاصب أو أصابه بياض فى عينه ثم رد على المولى و ردمعه الارش ثم ذهبت الحمى و زال البياض فللغاصب ان يرجع على المولى بالارش وفى شرح الطحاوى واذا ولدت الجارية المغصوبة فاذا ولدها عندنا غير مضمون وعند الشافعى مضمون ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته بالاجماع و يتجبر نقصان الولادة عندنا وعند زفر لا يتجبر واذا حبلت عند الغاصب من الزنا فاراد ردها على المولى كذلك فانه يردها مع النقصان وينظر الى ارش عيب الزنا والى ما نقصها الحبل فيضمن الاكثر من ذلك و يدخل الاقل فى الاكثر وهذا استحسان أخذ به أبو يوسف والقياس ان يضمن الامرين جميعا وهو قول محمد فان ولدت فى يد المالك وسلمت من الولادة فالمروى عن أبى يوسف انه ينظر الى ارش الحبل والى ارش عيب الزنا فان كان عيب الزنا أكثر لا يرد شيأ وان كان عيب الحبل أكثر رد الفضل من ارش عيب الزنا وفى الينابيع فان حبلت من الزنا وولدت زال عيب الحبل الولادة و بقى عيب الزنا فان كان عيب الزنا أكثر من عيب الحبل فقد غرم الغاصب عيب الحبل يجب عليه ان يتم أرش عيب الزنا وان كان عيب الحبل أكثر فمقدار عيب الزنا يستحق وما زاد عليه زال وان ماتت من الولادة و بقى ولدها فى قول أبى حنيفة يضمن الغاصب جميع قيمتها وعلى قولهما يضمن نقصان الحبل خاصة هكذا ذكره القدورى وفى الخانية الجارية تقوم غير حامل ولا زانية وتقوم وهى حامل زانية و يرجع بفضل ما بينهما وفى الخانية ولو ماتت فى نفاسها أو مات الولد أيضا كان على الغاصب قيمتها فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ليس عليه الا نقصان الحبل وفى الينابيع وكذا اذا قطعت يدها فى سرقة عند الغاصب أو ضربت فبارت عنده فعند أبى حنيفة يضمن ما نقصها الزنا والضرب فيدخل الاقل فى الاكثر وفى السرقة يضمن نصف قيمتها وعندهما يضمن السرقة والزنا ولا يضمن ما نقصها القطع والضرب ولو ماتت فى الولادة و بقى ولدها ضمن جميع قيمتها عند أبى حنيفة يوم الغصب ولا جبر للنقصان بالولد عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا يضمن الا ما نقصها الحبل وهو قول محمد ولو مات الولد رد هو ورد معها ما نقصتها الولادة ولا شئ عليه بموت الولد ولكن نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جابرة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيأ قال رحمه الله (وان استغله تصدق بالغلة كما لو تصرف فى المغصوب والوديعة و ربح) أى لو استعمل المغصوب بان كان عبدا مثلا فأجره فنقصه الاستعمال وضمن النقصان تصدق الغاصب بالغلة كما يتصدق بالربح فيما اذا تصرف فى المغصوب أو الوديعة بان باعه وربح فيه لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد والعاقد هو الغاصب فتكون الاجرة له بخلاف ما اذا غصب جارية وغصبها ووطئها الزوج فالعقر للمالك دون الغاصب لان العقر يجب باستيفاء منفعة البضع عند قيام الشبهة لا بالعقد اما الاول وهو الاستعمال فالمذكور هنا قولهما وهو التصدق وعند أبى يوسف لا يتصدق به وقد ذكرنا الوجه فى الجانبين فى المسئلة التى قبلها وكان ينبغى أن يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها كما فى المسئلة الاولى ثم انما يضمن الغاصب النقصان اذا كان النقصان فى العين وكان غير ربوى لانه دخل جميع أجزائه فى ضمانه فيجب عليه قيمة ما تعذر رده من أجزائه كلا أو بعضا بخلاف المبيع حيث لا يوجب النقصان الحادث فيه قبل القبض الا الخيار ولا يوجب حط شئ من الثمن لان الاوصاف لا تضمن بالعقد وتضمن بالفعل وان كان لتراجع السعر لا يضمن بعد ان رده فى مكان الغصب لان ذلك لقلة الرغبات فيه لا لنقصان فى العين بفوات جزء وان كان ربويا لا يمكنه ان يضمنه النقصان مع استرداد العين لانه يؤدى الى الربا اذ الجودة لا قيمة لها فى الاموال الربوية ولكنه يخير بين ان يأخذه ولا شئ له و بين ان يتركه على الغاصب و يضمنه مثله من الربويات أو قيمته ولك أن تقول عدم امكان ذلك مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات فى الاوصاف كما اذا غصب حنطة فعفنت فى يده لانه لا اعتبار للوصف عندنا واما اذا كان نقصانها فى الاجزاء كما اذا غصب كيليا أو وزنيا فتلف بعض أجزائه فنقص فرده كيلا أو وزنا فيكون لصاحب المال تضمين النقصان

مع استرداد الباقي ولا يؤدي إلى الربا كما لا يخفى وفي الغاية فسر الربويات بما إذا غصب حنطة فعفنت عنده أو إناء فضة فانهشم في يده
أقول في كون إناء الفضة من الربويات عند ما فيه نظر ظاهر فإنهم صرحوا في شرح الهداية ومنهم صاحب العناية بأن الورق الذي في
تعيينه ضرر كالمصوغ من القمقم والحلي ليس هو بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا شك أن إناء الفضة منه فكيف مثل به ولا استغلال
العبد المستأجر بالإجارة كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلافا لأبي يوسف والوجه قد
بيناه ولو هلك في يده بعدما استغله فضمنه المالك كان له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل المالك فإذا أخذه
المالك لا يظهر الخبث في حقه ولهذا لو أسلم الغلة إليه مع العبد يباح له التناول فيزول الخبث بالتسليم وتبرأ ذمته عن القيمة بقدره
بخلاف ما إذا باعه الغاصب بعدما استغله وهلك في يد المشتري وضمنه المالك قيمته ثم رجع المشتري على الغاصب بالثمن حيث لا يكون
للغاصب أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري لأن الخبث كان لحق المالك والمشتري ليس بمالك فلا يزول الخبث بالأداء إليه فلا
يؤديه إليه إلا إذا كان لا يجد غيره فيرجع هو على غيره من الفقراء باعتبار أنه ملكه وهو محتاج إليه كما أن للملتقط أن يصرف اللقطة
على نفسه إذا كان محتاجا ثم إذا أصاب مالا يتصدق بمثله إن كان غنيا وتعذر الاستغلال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا
ويحتسبه على غيره من الفقراء وأما الثاني وهو ما إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح فهو على وجوه إما أن يكون بما يتعين
بالتعيين كالعرض أو لا يتعين كالنقدين فإن كان بما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل إلا فيما زاد على قدر
القيمة وهو الربح المذكور هنا فإنه لا يطيب له ويتصدق به لأن العقد يتعلق بها لأنها تتعين بالتعيين حتى ينفسخ بالهلاك قبل القبض
فيمكن الخبث فيه وإن كان بما لا يتعين فقد قال الكرخي إنه على أربعة أوجه إما أن أشار إليه ونقد منه أو أشار إليه ونقد من غيره أو
أشار إلى غيره ونقد منه أو أطلق إطلاقا ونقد منه وفي كل ذلك يطيب له إلا في الوجه الأول وهو ما إذا أشار إليه ونقد منه لأن الإشارة
إليه لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها إلا إذا تأكدت بالنقد منها وقال مشايخنا رحمهم الله تعالى لا يطيب له بكل حال وهو
المختار وإطلاق الجواب في الجامعين يدل على ذلك ووجهه أنه بالنقد منه استفاد سلامة المشتري وبالإشارة استفاد جواز العقد لتعلق
العقد في حق الوصف والقدر فيثبت فيه شبهة الحرمة لملكه بسبب خبيث واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا
لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما وعند أبي يوسف لا يتصدق بشيء منه والوجه ما بينا وهذا الاختلاف منهم فيما إذا صار بالتقلب
من جنس ما ضمن بأن غصب دراهم مثلا وصار في يده من ثمن المغصوب دراهم كان في يده من بدله بخلاف جنس ما ضمن بأن غصب
دراهم وفي يده من بدله طعام أو عروض لا يجب عليه التصدق بالإجماع لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس وما لم يصر بالتقلب من
جنس ما ضمن لا يظهر الربح ولو اشترى بثمن المبيع بيعا فاسدا شيئا وأشار إليه ونقده منه يطيب الربح لأن الثمن صار ملكا بالقبض
بتراضيهما ولأنه متى نقض البيع واسترد الثمن رد مثل الثمن لا عينه ولكن هذا لا يوجب نوع الخبث في التصرف المحال ولو اشترى
بالدراهم المغصوبة طعاما حل التناول ولو اشترى بالدراهم المغصوبة دنانير لم يحل له أن يتصرف في الدنانير لأن الدراهم لو استحقت
بعدما افترقا انتقض البيع في الدنانير فوجب عليه ردها فأما البيع في الطعام لا ينتقض باستحقاق الدراهم لأنه يجب عليه رد مثلها
لا عينها ولو اشترى بالثوب المغصوب جارية يحرم عليه أن يطأها حتى يدفع قيمة الثوب إلى صاحبه لأن بالاستحقاق تبين أن البيع
فاسد لأن البيع تعلق بعين الثوب ولو اشترى بالدراهم المغصوبة جارية حل له وطؤها لأن البيع لا يتعين بتلك الدراهم ولو تزوج
بالثوب المغصوب جارية امرأة حل له وطؤها لأن النكاح لا ينتقض باستحقاق المهر ولو أخذ المالك القيمة بقول الغاصب في الجارية
المغصوبة لم يحل له وطؤها واستخدامها ولا بيعها إلا إذا أعطاه قيمتها تماما لأنها من غير رضا المالك ولهذا لا يملك الفسخ إن ظهرت
مستحقة ولو أعتق الغاصب العبد بعد القضاء عليه بالقيمة الناقصة جاز عتقه وعليه تمام القيمة كذا في المحيط مختصرا قال رحمه
الله ﴿وملك بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بطحن وطبخ وشي وزرع واتخاذ سيف أو إناء لعين الحجرين﴾ لأنه لو لم يملكه بذلك
لحقه ضرر وكان ظلما والظالم لا يظلم بل ينصف ثم الضابط فيه أنه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل حتى زال اسمها وعظم منافعها
واختلطت بملك الغاصب حتى لا يمكن تمييزها أصلا زال ملك المغصوب منه وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي
بدلها قال في العناية وغيرها وقوله بفعل إلى آخره يعني بفعل الغاصب احترازا عما إذا تغير بغير فعله مثل أن صار العصير بنفسه
خلا أو الرطب تمرا فإن الغاصب لا يملكه والمالك فيه بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه مثله وقوله زال اسمها احتراز عما إذا

لم يزل اسمها كما لو ذبح الشاة فانه يقال شاة حية وشاة مذبوحة وقوله وعظم منافعها أي كبعض منافع الحنطة اذا طحنها فانه يزول بالطحن عظم منافعها كخلطها بغيرها وكشاة وشواء وغير ذلك قال صاحب العناية وقوله وعظم منافعها أي كبعض قوله زال اسمها والظاهر انه تأسيس لا تأكيد لانه احتراز عما اذا غصب شاة وذبحها فانه لا يزول بالذبح ملك مالكها كما سيأتي مصرحا به وبما ذكره من الطحن وما بعده يحصل به ما ذكر بأن الصانع فيملكها الغاصب الا الذهب والفضة فانه لا يملكه باتخاذهما أواني أو دراهم أو دنانير عند الامام لانها هذا الفعل لا يزول الخ وقال الامام الشافعي لا ينقطع حق المالك بما ذكر وهي رواية عن أبي يوسف غير انه اذا اختار أخذ العين لا يضمن النقصان في الروايات لان الملك نعمة فلا يحصل بالحرام وهو الغصب وصار كما لو وقعت الحنطة في الطاحونة وانطحنت بفعل الماء أو الهواء من غير صنع أحد ولنا انه لما استهلك العين من وجه بالاستحالة حتى صار له اسم آخر وقد أحدث فيه الصنعة وهي حق الغاصب وهي قائمة من كل وجه فترجحت لذلك والحظر لغيره لا يمنع أن يكون سببا لحكم شرعي ألا ترى ان الصلاة في الارض المغصوبة لا تجوز وتكون سببا لحصول الثواب الجزيل بل فظاظة الملك غير أنه لا يجوز له الانتفاع بها قبل الاداء كي لا ينفتح باب الغصب ولقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة بغير اذن مالكها أطعموها الاسارى ولو لم يملكه لما قال ذلك والقياس أنه يجوز الانتفاع به وهو قول الحسن وزفر ورواية عن أبي حنيفة ولهذا ينفذ تصرفه فيها كالتمليك للغير ووجه الاستحسان ما ذكرناه ونفاذ تصرفه لوجود الملك ألا ترى أن المشتري شراء فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به فاذا دفع المثل أو القيمة اليه وأخذه بحكم الحاكم أو تراضيا على مقدار حل الانتفاع به لوجود الرضا من المغصوب منه لان الحاكم لا يحكم الا بالبدل فحصلت المبادلة بالتراضي وقال أبو يوسف في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يجوز الانتفاع بها قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه وقيد بقوله واتخاذ سيف ليفيد أنه بعد ما صار سيفا عند الاول باعه وأعاد لكه عاد كر من الاتخاذ اذا كان يباع عددا وفي المحيط ولو غصب حديدا أو صفرا فجعله اناء فان كان يباع وزنا لا ينقطع حق المالك كما في الفضة وان كان يباع عددا انقطع حق المالك لانه لما أخرجه عن كونه موزونا يكون مستهلكا له من وجه قال في شرح الطحاوي وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح أنه لا فرق بين الصفقة أن يباع عددا أو وزنا ولو غصب فلوسا وصاغ منها اناء ضمن الفلوس لانه أخرجها عن كونها أثمانا فيصير مستهلكا من وجه وقوله لغير الحجرين يعني أن الحجرين لو اتخذه صاغا أو حليا أو اناء أو ضربه دراهم أو دنانير فللمالك أن يأخذه ولا يعطيه شيئا عند الامام وعندهما هو للغاصب ويضمن مثله للمالك لانه أحدث فيه صنعة متقومة فصار كما لو غصب حديدا أو صفرا فضربه وللامام أن العين باقية من كل وجه ولم تهلك من وجه ما ألا ترى أن الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو باق أيضا وكذا كونه موزونا باق أيضا حتى يجري فيه الربا وأطلق في الحجرين فشمل ما اذا صار بعد الاتخاذ أصلا أو تبعا قال في المحيط ولو غصب فضة أو دراهم فجعلها عروة أو قلادة لأواني انقطع حق المالك لانه صار تبعا للاواني والتبعية استهلاك من وجه اهـ وفي فتاوى سمرقند غصب من آخر طعاما فمضغه حتى صار بالمضغ مستهلكا فلما ابتلعه كان حلالا في قول الامام وقالا لا يكون حلالا الا اذا أدى البدل وأنكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي هذه الرواية عن الامام وقال الصحيح أن قول الامام كقولهما وفي الخانية وقولهما الاحتياط اهـ وفي المنتقى عن أبي يوسف لو غصب أرضا فبنى فيها حوانيت ومسجدا أو حماما فلا بأس بالصلاة في ذلك المسجد وأما الحمام فلا يدخل ولا تستأجر الحوانيت وقال هشام أما أنا أكره الصلاة فيه حتى تطيب أربابه وأكره شراء المتاع من أرض غصب أو حوانيت غصب اهـ وأشار المؤلف الى أن التغيير بعد ما وضع اليد في المثلي ولو كان قبله تجب القيمة قال القدوري صب ماء في طعام فأفسده وزاد في كيله فلصاحب الطعام أن يضمنه قيمته قبل أن يصب فيه الماء وليس له أن يضمنه مثله وكذا لو صب ماء في دهن أو زيت لا يجوز أن يغرم مثل كيله قبل صب الماء لانه لم يكن منه غصب متقدم حتى لو غصب ثم صب الماء فعليه مثله اهـ وفي الذخيرة وان باع رجل شيئا ثم ان البائع فعل بعض ما وصفنا فكل شيء كان الغاصب فيه مستهلكا للعين ولم يكن للمغصوب منه أن يأخذه فكذا ليس للمشتري أن يأخذه وكل شيء لم يكن الغاصب فيه مستهلكا وكان للمغصوب منه أن يأخذه فللمشتري أن يأخذه اهـ وفي الفتاوى لو غصب حنطة فاتخذها كشكا فلصاحبها أخذها ورد ما زاد فيها من الملح واستشكله بعض أهل العصر وهو الصحيح لانه زال اسمها وعظم منافعها وأجيب بأن المراد اذا سلق الحنطة الآن من غير طحن أما اذا طحنها فقد ملكها ويرد مثلها قال رحمه الله ﴿ وبناء على ساجة ﴾ يعني اذا بنى على الساجة زال ملك مالكها عنها وأطلق في العمارة فشمل ما اذا كانت

قيمة الساحة أكثر قيمة البناء وفي الذخيرة هذا فيما إذا كان قيمة البناء أكثر من قيمة الساحة وأما إذا كان قيمة الساحة
أكثر من قيمة البناء فلا يملكها وله أن يأخذها والظاهر من الفقه مذهب البناء على الساحة أنه لو بنى على الأرض التي لا تقوم غصبها
لا يملكها وفي الفضولي ولو غصب أرضا وبنى فيها أو قيمة البناء أكثر من قيمة الأرض لا سبيل للمغصوب منه على الأرض ويضمن
الغاصب قيمة أرضه وكذا روي عن أبي القاسم الدامغاني وفي الحاوي غصب من آخر دارا أو أرضا وبنى فيها بناء أو زرع وقلع
صاحبها الزرع وهدم البناء لا يضمن ويجب أن لا يكسر حب الغاصب ولا آجره وفي الأصل غصب أرضا وبنى فيها فأراد صاحب
الأرض أخذ الأرض فأراد الغاصب أن يأخذ الحائط فإن كان الغاصب بنى الحائط من تراب هذه الأرض ليس له نقض الحائط
لصاحب الأرض إن بنى الحائط لا من تراب هذه الأرض فله النقض وفي فتاوى سمرقند رجل بنى حائطا في كرم رجل من تراب
كرمه بغير أمره فإن لم يكن للتراب قيمة فهي لصاحب الأرض وإن كان للتراب قيمة فالحائط للباني وعليه قيمة التراب اهـ ولم يذكر
في الأصل ما إذا أراد الغاصب أن ينقض البناء ويرد الساحة هل يحل له ذلك وهذا على وجهين إن كان القاضي قضى عليه بالقيمة
لا يحل له ذلك وإن نقض لم ... عليه رد البناء وإن كان القاضي لم يقض عليه بالقيمة اختلف المشايخ قال بعضهم لا يملك النقض وقال
بعضهم لا يحل للغاصب من تضييع المال من غير فائدة وفي فتاوى النسفي سئل عمن غصب ساحة فأدخلها في بنائه أو بابه فغرسها
في أرضه أو وصله بشجره فوهبها الغاصب من المغصوب منه أيبرأ عن الضمان بهذه الهبة قال نعم قيل ولو قال المغصوب منه
للغاصب وهبت لك الساحة والبابة أو الغصن قال نعم قيل كيف وقد وهب المغصوب منه للغاصب ما لا يملكه لو أوهب لأن حقه قد
انقطع ووجب الضمان على الغاصب قال لي وهذا في المعنى إبراؤه عن الضمان الواجب عليه بسبب هذه الهبة وفي الخانية كسر
عصا الرجل ضمن النقصان ولو كان الكسر فاحشا بأن صار حطبا أو وتدا وفي الأصل غصب من آخر دارا ونقضها فعمره آلاف
ثم جاء رب الدار قيل له إن شئت خذ الدار وأعط الغاصب ما زاد فيها وفي الذخيرة مشتري الدار من الغاصب إذا هدمها وأدخلها
في بنائه ثم حضر المالك فإن كان البناء قليلا يؤمر برفعه ويرده على المالك وإن كان كثيرا يتعذر رفعه إن شاء لا يرفعه
بل يتركه ويضمن المشتري قيمة البناء الأول وفي القدوري ولو غصب من آخر دارا وجصصها ثم ردها قيل لصاحبها أعط ما زاد
التجصيص فيها الآن ويرضى صاحب الدار أن يأخذ الغاصب ما جصصه قال هشام قلت لمحمد في رجل وضع على باب مملوء ونقشه
بالأصابع قال يستقبل الدار قلت وإن كان نقشه بالقمر وليس بالأصابع قال هذا استهلاك بالباب وعليه قيمته والباب له
وكذا النقش إنما نقشه بالقمر وذكر الكرخي أنه موضوع مسئلة الساحة إذا بنى الغاصب حول الساحة أما لو بنى على نفس الساحة
لا يبطل ملك المالك بل ينقض وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني لأنه إذا بنى حولها لم يكن متعديا وإذا بنى عليها كان
متعديا والصحيح أن الجواب في الموضعين على حد واحد كذا في البدائع قال رحمه الله ﴿ولو ذبح شاة أو خرق ثوبا فاحشا ضمن
القيمة وسلم المغصوب أو ضمن النقصان﴾ وكذا لو ذبح وقطع اليد أو الرجل لأن هذه الأشياء إتلاف من وجه باعتبار فوات بعض
الأغراض من الحمل والدر والنسل وفوات بعض المنفعة في الثوب فتخير بأن يضمن جميع قيمته ويتركه أو بأن يضمن نقصانه
ويأخذه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ليس له أن يضمنه النقصان إذا أخذ اللحم لأن الذبح والسلخ زيادة فيها لا يقطع
احتمال الموت منها وأمكن الانتفاع بلحمها بعين والأول هو الظاهر لأنه نقصان باعتبار فوات بعض الأغراض على ما بينا
ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لأنه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع الطرف لأنه بعد
القطع صالح لجميع ما كان صالحا له من الانتفاع ولا كذلك الدابة فإنها لا تصلح للحمل ولا للركوب بعد القطع قيد بالتخيير
بذبح الشاة وما يؤكل لحمه احترازا عما لا يؤكل لحمه قال في الخانية ولو ذبح حمار غيره فليس له أن يضمنه النقصان في قول الإمام ولكن
يضمنه جميع القيمة وعلى قول محمد له أن يمسك الحمار ويضمنه النقصان وإن شاء ضمنه كل القيمة ولا يمسك الحمار وإن قتله قتلا
فهو على الخلاف السابق والاعتماد على قول الإمام ولو قلع يد حمار أو بغل أو قطع رجله أو فقأ عينه قال الإمام إن شاء سلم الجسد
وضمنه جميع القيمة وليس له أن يمسك الجسد ويضمنه النقصان وفي المنتقى هشام عن محمد رجل قلع يد حمار أو بغل أو رجله وكان
للباقي منه قيمة فله أن يمسكه ويأخذ النقصان وفي النوازل إذا قطع أذن الدابة أو بعضه يضمن النقصان ولو قطع أذنيها يضمن
النقصان وعن شيخه رضي الله عنه إذا قطع ذنب حمار القاضي ضمن جميع قيمته وإن كان لغيره يضمن النقصان اهـ أقول

ويلحق بحمار القاضي حمار المفتي والعالم والامير وفي البحر بعد والصحيح في الحد الفاصل بين الخرق الفاحش واليسير ان
الخرق الفاحش مايفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير مالا يفوت به شئ من المنفعة وانما تفوت الجودة قال شمس الائمة
الحلواني القطع أنواع ثلاثة فاحش غير مستأصل وهو ماينا وقطع يسير وهو ان يقطع طرفا من اطراف الثوب ولا يثبت فيه
الخيار للمالك ولكن يضمنه النقصان وقطع فاحش مستأصل للثوب وهو ان يقطع الثوب قطعا لا يصلح لما يراد منه ولا يرغب
في شرائه فعن الامام المالك بالخيار ان شاء ترك المقطوع وضمنه القيمة وان شاء أخذ المقطوع ولا شئ له وعندهما له ان يأخذ
القيمة ويضمنه النقصان اه فظهر ان ما أطلقه المؤلف في الخرق الفاحش انما يأتي على قولهما لا على قول الامام وفي
المنتقى شرعن أبي يوسف غصب شاة فذبحها ضمن قيمة اللحم اه قال رحمه الله ﴿وفي الخرق اليسير ضمن نقصانه﴾
يعني مع أخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص بذلك وكان له ان يضمنه
النقصان وقدمنا الفرق بين الفاحش واليسير وقال الشارح واختلفوا في الخرق اليسير والفاحش قيل مايوجب نقصان
ربع القيمة فاحش ومادونه يسير وقيل ماينتقص به نصف القيمة والصحيح ان الفاحش مايفوت به بعض العين وجنس
المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير مالا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان في المنفعة لان
الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن اتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنفعة والنقصان
عبارة عن تفويت المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لا غير ولا عبرة بتمام أكثر المنافع لان الرجحان انما يطلب اذا تعذر
العمل باحدهما ومتى أمكن العمل بهما لا يصار الى الترجيح ولا يشتغل به قال شمس الائمة السرخسي الحكم الذي ذكره في
الخرق في الثوب اذا كان فاحشا هو الحكم في كل عين من الاعيان الا في الاموال الربوية فان التعييب فيها سواء كان فاحشا
أو يسيرا فالمالك فيها مخير بين ان يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين ان يسلم العين ويضمنه مثلها أو قيمتها لان تضمين
النقصان متعذر لانه يؤدي الى الربا هذا اذا قطع الثوب ولم يحدث فيه صنعة وأما اذا احدث فيه صنعة فيأتي في المتن وفي الاصل
غصب ثوبا فعفن عنده أو اصابه أرضه المالك ومانقص منه اذا كان النقصان يسيرا ولو فاحشا خير بين الاخذ والترك اه قال
رحمه الله تعالى ﴿ولو غرس أو بنى في أرض الغير قلعا وردت﴾ أي قلع البناء والغرس وردت الارض الى صاحبها لقوله عليه
الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق أي ليس لذي عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صائم
نهاره وقائم ليله قال الله تعالى فيها يفرق كل أمر حكيم ولان الارض باقية على ملكه اذ لم تكن مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة
ولم يوجد فيها شئ يوجب الملك للغاصب فيؤمر بتفريغها وردها الى مالكها كما اذا أشغل ظرف غيره بالطعام هذا اذا كانت
قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء وان كانت قيمة البناء أكثر فللغاصب ان يضمن له قيمة الساحة ويأخذها كذا في النهاية
وعلى هذا لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر أيهما أكثر قيمة فلصاحبه ان يأخذ ويضمنه قيمة الاخرى وعلى هذا التفصيل لو أدخل
فصيل غيره في داره وكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم الحائط وعلى هذا التفصيل لو أدخل الثور رأسه في قدر من النحاس وتعذر
اخراجه وقد استوعبنا هذه المسئلة وفروعها في مسئلة نقصان الارض فلا نعيده وفي التتارخانية لو غصب حنطة فزرعها تصدق
بالفضل اه قال رحمه الله ﴿وان نقصت الارض بالقلع ضمن له البناء والغرس مقلوعا ويكونان له﴾ أي اذا كانت الارض تنقص
بالقلع كان لصاحب الارض ان يضمن للغاصب قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه دفع الضرر عنهما فتعين فيه النظر
لهما وانما يضمن قيمتهما مقلوعا لانه مستحق للقلع وليس له ان يستديم فيها فتعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعا وكيفية معرفتها
انه يقوم الارض و بها بناء أو شجر ويستحق قلعه أي أمر بقلعه وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما
كذا قالوا وهذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما مستحق القلع وانما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا ان لو قدر
البناء أو الغرس مقلوعا موضوعا في الارض بان يقدر الغرس حطبا والبناء آجرا أو البناء حجارة مكومة على الارض فيقوم وحده
من غير أن يضم الى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية قال رحمه الله ﴿وان صبغ أو لت السويق
بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق أو أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن﴾ يعني اذا غصب ثوبا وصبغه أو سويقا
فلته بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وان شاء أخذ المصبوغ والملتوت وغرم ما زاد الصبغ

والسمن وقال الإمام الشافعي يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الإمكان ويسلمه لصاحبه وإن انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان بخلاف السمن لعدم التمييز ولنا أن الصبغ مال متقوم كالثوب وجنايته لا تسقط تقوم ماله فيجب صيانة حقهما ما أمكن وكان صاحب الثوب أولى بالتخيير لأنه صاحب الأصل والآخر صاحب وصف وهو تبع للأصل وكذا السويق أصل والسمن تبع بخلاف البناء لأن التمييز ممكن بالنقض وله وجود بعد النقض فأمكن إيصال حق كل واحد منهما إليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن إيصاله إلى صاحبه وبخلاف ما إذا انصبغ من غير فعل أحد كإلقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحب الثوب بأداء قيمة الصبغ وظاهر العبارة انحصار الحكم فيما ذكر وقوله لو غصبه في قيمته أن النقصان إن شاء رب الثوب باعه فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله وهذا وجه حسن في وصول حق كل واحد منهما إلى صاحبه وتتأتى غرامة ثمن فيما قبل هذا فيما إذا كان الصبغ بعينه أيضا والجواب في الكل كالجواب في الصبغ إنه يضمن مثل السويق وفي الصبغ قيمته لأن السويق والسمن من ذوات الأمثال بخلاف الصبغ واعتبر قال في الكافي قال في المبسوط يضمن قيمة سويق لأنه يتفاوت بالقلي فلم يكن مثليا كالخبز وما روي عن الإمام أنه إذا صبغ الثوب أسود فهو نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة راجع إلى اختلاف عصر وزمان فإن بني أمية في زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد ولا خلاف في الحقيقة رطبا لم يتعرض في المختصر لنوع الصبغ لأن من أسباب ما زاد السواد ومنها ما ينقص والمعتبر والزيادة والنقصان حقيقة ولو صبغه فنقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فرجعت بالصبغ إلى عشرين وعند محمد ينظر إلى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة لأن صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمته وهو عشرة ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة وخمسة بخمسة فصار يرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وزاد هشام عن محمد قال الشارح وهو مشكل من حيث إن المغصوب منه لم يصل إليه المغصوب كله وإنما وصل إليه بعضه ركان من حقه أن يطالب إلى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم يدفع ما صبغ بها ولا حصل له إلا نقصانه وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالإتلاف والإفساد مع لزوم جميع القيمة فكيف صار مسقطا لها ولك أن تقول لا إشكال لأن الشارع نظر إلى حق كل منهما فلو أمرناه أن يدفع العشرة ضاع مال الغاصب وهو الصبغ مجانا وذلك ظلم والظالم لا يظلم فأوجبناها لرب الثوب فوصل إلى المغصوب منه كمال حقه بكل حقه ما ملكه وما بقي له وكون الإتلاف مقررا لا ينافي كونه مسقطا لأن الإتلاف بالنظر إلى الضمان والإسقاط بالنظر إلى عين الصبغ فتأمل قال في المحيط ولو غصب صاحب الثوب عصفرا وصبغ به ثوبه فعليه مثله لأنه مثلي ولو غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا ضمن مثل عصفره وخير رب الثوب كما ذكرنا ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد وصبغه به كان له أن يأخذه مصبوغا وبرئ الغاصب من الضمان وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه ومثل عصفره ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا أن يأخذا الثوب مصبوغا كما لو كان لواحد ليس لهما ذلك لأنه لما اختلف المالك كان خلط المالين استهلاكا من كل وجه وإذا اتحد المالك يكون الخلط استهلاكا من وجه دون وجه لو صبغ الراهن ثوب المصفر خرج عن الرهن وضمن قيمته ولو كان الثوب والعصفر رهنا كان للمرتهن أن يضمنه قيمة الثوب ومثل عصفره وإن شاء رضي بأن يكون الثوب المصبوغ رهنا في يده في المنتقى قال هشام سألت محمدا عمن غصب من رجل ألف درهم وخلط بها دراهم من ماله قال مذهب أبي يوسف في هذا الباب أن دراهم الخالط إذا كانت أكثر فهو مستهلك ويضمن الدراهم المغصوبة وإن كانت دراهم الخالط أقل فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه دراهمه وإن شاء شاركه بالمخلوط بقدر دراهمه قلت فإن كانا سواء فما مذهب أبي يوسف قال لا أدري وأما في قياسه فالمغصوب منه بالخيار على كل حال إن شاء ضمن الغاصب دراهمه وإن شاء كان شريكا لهما وأفاد بقوله وإن صبغ أن ذلك حصل بصنعه فلو حصل بغير صنعه لا يكون الحكم كذلك ولهذا روى هشام عن محمد فقال إذا كان مع رجل سويق ومع رجل آخر سمن أو زيت فاصطدما فانصب زيت هذا أو سمنه في سويق هذا فإن صاحب السويق يضمن لصاحب السمن أو الزيت مثل سمنه أو زيته لأن صاحب السويق استهلك سمن هذا ولم يستهلك صاحب السمن سويق هذا أو سمنه في سويق هذا فإن صاحب السويق يضمن لصاحب السمن ولأن هذا زيادة في السويق وإن كان مع أحدهما سويق ومع الآخر نورة فاصطدما فانصب سويق هذا في نورة

فهذا إن شاء صاحب السويق أخذ السويق بعينه وأعطى الآخر مثل الثوب وإن شاء ضمن صاحب الثوب مثل كيل سويقه
وسلم سويقه إليه أو ضمن صاحب السويق لصاحب الثوب مثل كيل ثوبه وفي الذخيرة وإذا فعل ذلك غيرهما ردهما فالخيار
لصاحب الثوب على صاحب السويق شيء والسويق لصاحب السويق وفي الخانية ولو اختلط ثوبه رجل بدقيق آخر يعني صبغ
أخذ يباع المخلوط ويضرب لكل واحد منهما بقيمة نصيبه مخلوطا لأن هذا نقصان حصل لا بفعل أحد فليس أحدهما بإيجاب
النقصان عليه بأولى من الآخر وفي جامع الجوامع صب رديئا على جيد ضمن مثل الجيد وإن كان قليلا وكان شريكا بقدر ما صب
من الدهن فيه وفي البحر عن أبي يوسف فيمن صب طعاما على طعام إن كان طعامه أكثر كان ضامنا وإن كان طعامه أقل
لم يكن ضامنا ولم أصر مستهلكا وفي الخانية رجل جاء إلى خل إنسان وصب فيه خمرا وهما نصفان قال لصاحب الخل أن يأخذ
نصف الخل وعن أبي القاسم رحمه الله تعالى رجل غصب خمرا وخللها أي جعلها خلا ثم صب فيها خلا من عنده فصار الخمر خلا قال يكون الخل
له قياسا وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى الخل يكون بينهما على قدر حقهما لأنه صار كأنهما خلطا خليهما قال وبه نأخذ
كذا في الأصل وفي المنتقى عن محمد رجل معه دراهم طار الهواء فوقع بعضها في دراهم رجل فاختلط كان ضامنا لها والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب قال رحمه الله
﴿غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه﴾ وقال الإمام الشافعي رحمه الله لا يملكه لأن الغصب محظور فلا يكون سببا للملك
كما في المدبر وهذا لأن الملك مرغوب فيه فلا ينال بالمحرم لأنه منهي عنه لقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن
تكون تجارة عن تراض منكم والغصب ليس فيه تراض ولنا أن المالك ملك بدل المغصوب رقبة ويدا فوجب أن يزول ملكه
عن المبدل إن كان قابلا دفعا للضرر عن الغاصب وتحقيقا للعدل حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ولأن الثابت
للغاصب هو اليد دون الملك إذ ملكه قائم في العين ولا يكون بدلا عن العين ولهذا قلنا لو كسر قلب غيره وقضى له عليه بالقيمة وأخذ القلب ثم افترقا قبل القبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلا عن العين لبطل كونه صرفا ولا نقول لو كان بدلا
عما فات من اليد مع بقاء العين في ملكه لكان إجحافا بالغاصب بإزالة ملكه وإثبات الملك فيه للمغصوب منه عما له عين في ملكه
مع إمكان تحقيق العدل بينهما وهذا أصل لأن من ضرورة المساواة في قيمة العين زوال ملكه عنها والجواب عن الآية أن الرضا
قد وجد منه لما طلب القيمة ولأنه لو غصب مدبرا وغيبه لا يملكه لأنا نقول المدبر لا يقبل النقل من ملك إلى آخر ولم يتعرض
المؤلف لما إذا غاب المغصوب ثم برهن من الغاصب فإن كان عنده فإنه إذا ضمن فقد ملكه كذا ذكر ولو قال غاب مكان
غيب لكان أولى لأنه إذا ملكه فيما إذا غاب لم يرضيه علم الحكم فيما إذا كان بصنعه بطريق الأولى ولم يتعرض لما إذا غاب
المغصوب منه وترك العين روى ابن سماعة عن محمد للقاضي أن يأخذ المال من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائبا ويحفظ
عليه فإن ضاع ثم جاء صاحب المال فله أن يضمن الغاصب ولا يبرأ بأخذ القاضي اهـ وفي الخانية غاب المغصوب منه وطلب
الغاصب من القاضي أن يأذن له بالإنفاق ليرجع بذلك على المالك لا يجيبه القاضي إلى ذلك والنفقة تكون على الغاصب ولو
قضى القاضي بالإنفاق على المغصوب منه لا يجب عليه شيء وإن رأى القاضي أن يبيع العبد أو الدابة ويمسك الثمن فلو فعل
ذلك صح اهـ غصب جارية قيمتها ألف فغصبها منه آخر فماتت الجارية يضمن الغاصب الثاني الغاصب الأول لأن للأول أخذها
لو كانت قائمة ليتمكن من ردها إلى المالك فيبرأ عن الضمان فإن أخذ القيمة فلا سبيل للمالك على الغاصب الثاني لأنه خرج عن
عهدة الضمان برد القيمة لأن رد القيمة حال عجزه عن رد العين كرد العين فإن كانت القيمة قائمة عنده فللمالك أخذها لأنها نزلت منزلة
العين فإن كانت هالكة يلزمه الضمان لولي الجارية لأنه بمنزلة ما لو استرد الجارية وهلكت عنده لأنه لا يخرج عن عهدة الضمان ما لم يردها
إلى المالك وإن كانت قيمتها ألفا عند الأول وغصبها الثاني وقيمتها ألفان فماتت من يد الثاني وأخذ الأول من الثاني ألفي درهم
وهلكت من يد الأول لم يكن للمالك أن يضمن الأول ألفي درهم وإنما يضمنه قيمتها يوم الغصب ألف درهم لأن الألف الثانية أمانة في
يده لأنها حدثت بعد الغصب الأول والزيادة الحادثة في يد الغاصب أمانة كالزيادة في عين المغصوب فإن ظهرت الجارية والقيمة
في الأول فالمولى بالخيار إن شاء أخذ الجارية وإن شاء أخذ القيمة وإن شاء ضمن الأول قيمتها يوم غصبها فإن اختار التضمين إن
يأخذ القيمة من الأول رضاه فيكون بمنزلة البيع منه لأن الجارية لما عادت من الإباق فقد قدر الأول على رد المغصوب

والغاصب ما دام قادرا على رد المغصوب ليس للمالك أن يضمنه قيمته إلا برضاه والغاصب الأول لما ضمن الثاني القيمة فقد ملك الجارية فيه حكما فصار كما لو غصب الجارية من الثاني بعد أمر المولى فيتوقف البيع على إجازته إن شاء رده وأخذ الجارية وإن شاء أجازه وأخذ بدلها فإذا أخذ المولى الجارية يرجع الثاني على الأول بالقيمة لأنه بدل لم يسلم له كذا في المحيط قال رحمه الله ﴿والقول في القيمة للغاصب مع يمينه والبينة للمالك﴾ لأن الغاصب منكر والمالك مدع ولو أقام الغاصب البينة لا تقبل لأنها تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل ذكره في النهاية ثم قال وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل بينة الغاصب ألا ترى أن المودع إذا ادعى رد الوديعة تقبل وكان أبو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسألة وبين مسألة الوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين وبإقامة البينة أسقطها فارتفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه اليمين والقيمة وبإقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية قال رحمه الله ﴿وإن ظهر وقيمته أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو ببينة أو بنكول الغاصب فهو للغاصب ولا خيار للمالك﴾ لأنه رضي به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه ولم يتعرض كثير لقدر الزيادة وفي المجتبى لو ظهر وقد زادت قيمته فلا خيار للمالك لما ذكر من الأحكام وقوله وقيمته أكثر قيد في هذه المسألة لا في التي بعدها كما سيأتي قال رحمه الله ﴿وإن ضمنه بقول الغاصب فالمالك يمضي الضمان أو يأخذ المغصوب ويرد العوض﴾ لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان وإنما أخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضا به ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه به أو أقل في هذه الصورة وهي ما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخي رحمه الله لا خيار له لأنه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفي ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الأصح لأن ثبوت الخيار لفوات الرضا وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه وله أن لا يبيع ماله إلا بثمن يختاره ويرضى به وكان له الخيار ثم إذا اختار المالك أخذ العين فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التي دفعها إليه لأنها مقابلة بالعين بخلاف المدبر لأنه غير مقابل به بل بما فات من اليد على ما بينا قال في المحيط ولو اختلفا في عين المغصوب أو في صفته أو في قيمته وقت الغصب فالقول للغاصب لأن المالك يدعي عليه زيادة مقدار أو زيادة ضمان وهو منكر فيكون القول للمنكر ولو غصب من رجل ثوبا فضمن عنه رجل قيمته واختلفوا في القيمة فقال الكفيل عشرة وقال الغاصب عشرون وقال المالك ثلاثون فالقول للكفيل ولا يصدق واحد منهما عليه لأن المكفول له يدعي على الكفيل زيادة وهو ينكر والغاصب يدعي زيادة عشرة وإقرار المقر يصح في حقه ولا يصح في حق غيره فيلزمه عشرة أخرى دون الكفيل ولو قال الغاصب رددت المغصوب عليه وقال المالك لا بل هلك عندك فالقول للمالك لأنه أقر بسبب الوجوب ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق إلا بحجة كما لو قال أحدثت مالك بإذنك أو أكلت مالك بإذنك وأنكر صاحب المال الإذن ولو أقام الغاصب البينة أنه رد الدابة المغصوبة وأقام المالك البينة بأن الدابة نفقت من ركوبه أو أنامها الغاصب ضمن الغاصب لأنه لا تنافي ولا منافاة بين البينتين لجواز أنه ردها إليه ثم ركبها بعد الرد ونفقت من ركوبه ويكون هذا غصبا مستأنفا فيعمل بالبينتين على هذا الوجه توفيقا وتلفيقا بينهما ولو أقام الغاصب البينة أنه ردها ونفقت عنده وأقام المالك البينة أنها نفقت عند الغاصب ولم يشهدوا أنها نفقت من ركوبه لا ضمان عليه لأنا متى جعلنا أن الغاصب ردها ثم نفقت بعد الرد ولا يثبت منه غصبا مستأنفا ولو أقام المالك البينة أنه مات المغصوب عند الغاصب وأقام الغاصب البينة أنه مات عند المالك فبينة الغاصب أولى لأن بينة المالك قامت على الموت لا على الغصب لأنه ثابت بإقرار الغاصب والضمان يجب بالغصب لا بالموت فلا يفيد إقامة البينة على الموت وبينة الغاصب مثبتة للرد لأنها مثبتة للموت في يد المالك ويتعلق به الرد فكانت أولى ولو أشهد الغاصب أنه مات في يد مولاه قبل الغصب لم تقبل هذه الشهادة لأن موته في يد مولاه قبل الغصب لم يتعلق به حكم لأنه لا يفيد الرد وإنما يفيد نفي الغصب وبينة المولى تثبت الغصب والضمان فكانت أولى وفي النوادر ولو أقام المالك البينة أنه كان يوم النحر بمكة فالضمان واجب على الغاصب لأن كونه بمكة لا يتعلق به حكم فسقطت بينته وبينة المالك تثبت الغصب والضمان رجل في يده جبة ادعى آخر أنه غصبها منه فأقر له بالظهارة أو بالبطانة فالقول قوله مع يمينه لأنه أقر بغصب أحدهما وأنكر غصب أحدهما ويضمن قيمة الظهارة لأنه أحدث في الظهارة صنعة متقومة وهو التضريب على البطانة وقد استهلكها من وجه لأن الظهارة صارت تابعة لملك الغاصب وهو الحشو والبطانة لأنهما أكثر من الظهارة فيصير الأقل تابعا للأكثر صيانة لحق الغاصب كما في الساحة يدخلها في بنائه قال رحمه الله ﴿وإن باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه وإن

حرره ثم ضمنه لا ﴾ أي لو باع الغاصب المغصوب أو أعتقه ثم ضمنه المالك قيمته نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه والفرق بينهما أن
ملك الغاصب ناقص لأنه يثبت مستندا أو ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك في حق الأولاد ويظهر
في حق الأكساب لأن الولد أصل من وجه قبل الانفصال وبعده أصل من كل وجه والمكتسب تبع من كل وجه لكونه بدل
المنفعة وهو تبع محض والملك الناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون
عتقهما ولا يشبه هذا عتق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بإجازة المالك البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكذا بضمان
الغاصب القيمة في الأصح لأن العتق ترتب على سبب ملك تام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب والدليل على أنه
تام أن الإشهاد يشترط في النكاح الموقوف عند العقد لا عند الإجازة ولو لم يكن تاما لاشترط عند الإجازة ولهذا لو تصارف
الغاصبان وتقابضا وافترقا وأجاز المالكان بعد الافتراق جاز الصرف وكذا المبيع يملك عند الإجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة
ولو لم يكن تاما بنفسه لما كان كذلك ولا يشترط قيام الثمن وقت الإجازة ولو لم يكن عالما بقيام المبيع بأن كان قد أبق العبد من
يد المشتري ذكره في ظاهر الرواية قيد بإعتاق الغاصب ثم يضمنه احترازا عن إعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمين الغاصب
فإنه في رواية يصح وهو الأصح وفي رواية لا يصح كذا في العناية قال رحمه الله ﴿وزوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدي﴾ أي
بالمنع بعد طلب المالك وقال الشافعي هي مضمونة على الغاصب ولا فرق بين أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة أو كانت الغصب
ولنا أن الغصب إزالة يد المالك عنه وإثبات يد الغاصب ولا يتحقق ذلك في الزيادة لأنها لم تكن في يد المالك فلا تضمن إلا بالتعدي
أو بالمنع عند طلبه لأنه يصير متعديا به وإنما ضمن ولد الظبية التي أخرجها من الحرم فولدت لوجود المنع من الرد لأن الرد واجب
عليه إلى الحرم لحق الشرع حتى لو ردها وهلكت قبل تمكنه من الرد لا يضمن لعدم المنع على هذا أكثر مشايخنا ولو قلنا بوجوب
الضمان مطلقا تمكن من الرد أو لم يتمكن فهو ضمان إتلاف لأن الصيد كان في الحرم آمنا بعيدا عن أيدي الناس وقد فوت الأمن
بإثبات اليد عليه فتحققت الجناية عليه لذلك ولهذا لو أخرج جماعة محرمون صيدا واحدا من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء
كامل ولو كان ضمان الغصب لوجب عليهم قيمة واحدة وفي العناية واعترض على الدليل بأنه يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية
كاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فإنه لا فرق بينه وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يده فولدت والرواية في الأسرار
وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا إزالة
ظاهرا وفي الكافي ولو باع الغاصب الأصل والزوائد وسلم والزيادة متصلة فإن كان قائما أخذه صاحبه وإن كان هالكا فهو بالخيار إن
شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم القبض وليس له أن يضمن البائع وفي العناية لو كمل
إنسان عن الغاصب بغير أمره وأدى الضمان فالعبد له وفي الينابيع ولو أبق العبد من الغاصب فالجعل على المولى عند أبي يوسف
ولا يرجع به الغاصب وقال محمد يرجع على الغاصب اهـ قال رحمه الله ﴿وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها﴾ يعني
إذا ولدت الجارية المغصوبة فنقصت بالولادة فهو مضمون على الغاصب ويجبر بولدها إذا كان في قيمته وفاء بالنقصان وإن لم يكن
يسقط بقدره وقال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه وكيف يجبر ملكه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما
لو هلك الولد قبل الرد أو هلكت الأم بالولادة أو غيرها من الأسباب ولنا أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لأنها أوجبت
فوات جزء من مالية الأم وحدوث مالية الولد لأن الولد إنما صار مالا بالانفصال وقبله لا يعتد به ألا ترى أنه لا يجوز التصرف فيه بيعا
وهبة ونحوه فإذا صار مالا به انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما إذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعوا عن
الشهادة لا يضمنون لأنهم أتلفوا بالشهادة قدر ما عوضوا بها فلا يعد إتلافا لاتحاد السبب كذا هذا وكما إذا قطعت يده عند الغاصب
فرده مع أرش اليد فإنه يجبر نقصانه بالأرش لما ذكرنا من اتحاد السبب لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة
خلفا عن النقصان ولأن الواجب على الغاصب أن يرد ما غصب أو ماليته كما لو غصب من غير نقصان فإن فعل ذلك برئ من الضمان
ألا ترى أنه لو غصب جارية سمينة فمرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسمنت ثم عادت مثل ما كانت فردها لا ضمان عليه ولو كان مطلق
الفوات يوجب الضمان لضمن وكذا إذا سقط سن منها أو قلعه الغاصب فنبتت مكانه أخرى فردها سقط ضمانها وقولهما كيف يجبر
ملكه بملكه قلنا ليس هذا جبرا في الحقيقة وإنما هو اعتبار الملك متصلا بعضه عن بعض بعد أن كان متحدا كما إذا غصب بقرة

قيمة قطعها فإنه يردها ولا شيء عليه غيرها إذا لم ينقص بالقطع وولد الباقية ممنوع فإن نقصانها يجبر بولدها عنده فلا يرد علينا وكذا إذا ماتت الأم ممنوعة في رواية عن أبي حنيفة فإنه روي عنه أن الأم إذا ماتت وفي الولد وفاء بقيمتها برئ الغاصب برده عليه وفي رواية عنه أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الأم وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب وتخريجه أن الولادة ليست سببا لموت الأم إذ لا تفضي إليه غالبا فيكون موتها بغير الولادة من العوارض وهي مخافة الأم وضيق المخرج فلم يتحد سبب النقصان والزيادة وكلامنا فيما إذا اتحد وأما إذا ماتت الولد فقبل الرد لأنه لم يحصل للمالك مالية المغصوب ولا بد منه لبراءة الغاصب والخصاء ليس بزيادة لأنه غرض لبعض الفسقة ولذا لو غصب الخصي وهلك عنده لا يجب عليه قيمته خصيا وإنما يجب عليه قيمته غير خصي وكذا لو رده الغاصب بعدما خصاه لا يرجع على المالك بما زاده بالخصاء ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما رجع بما زاد الصبغ المصبوغ كذا ذكروه وهذا يفيد أنه يجب عليه ضمان ما نقص بالخصاء مع رده وإن زادت قيمته به وهو مشكل فإن الغاصب إذا خصاه وازدادت به لا يجب عليه ضمان ما فات بالخصاء مع رد الخصي بل يخير المالك إن شاء ضمنه قيمته يوم غصبه وترك الخصي للغاصب وإن شاء أخذه ولا شيء له غيره كذا ذكره في النهاية معزيا إلى التتمة وقاضيخان وكان الأولى هنا أن يمنع فلا يلزمنا ولا اتحاد في السبب فيما عدا ذلك من المسائل لأن سبب النقصان القطع والجرح وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفطنة من العبد وهو مما أطلق في قوله وما نقصت الجارية بالولادة فشمل ما إذا حملت في يد الغاصب من وجه حلال أو حرام وموضوع المسألة في الثاني فكان عليه أن يقيد به أما الثاني فقال في المحيط ولو حملت في يد الغاصب من زوج كان لها عند المالك أو أحبلها المولى لا يضمن الغاصب لأن النقصان بسبب من جهة المولى وهو إحباله أو تسليط الزوج عليها فصار كما لو قتلها في يد الغاصب ولو غصب جارية حاملا أو محمومة أو مجروحة فماتت في يده من ذلك يضمن قيمتها وبها ذلك العيب ولو حمت في يد الغاصب أو ابيضت عيناها فردها فضمان النقصان على الغاصب فإن زال في يد المالك ما كان بها من حمى أو بياض العين يرد المالك على الغاصب النقصان فصار كما لو حلق شعر إنسان وأخذ بدله ثم نبت ولو غصب جارية فولدت عند الغاصب ثم غصبها وولدها من الغاصب رجل آخر فضمن المالك الغاصب الأول قيمة الأم فللغاصب أن يضمن الثاني قيمة الأم والولد ويتصدق بقيمة الولد ولو ولدت في يد الغاصب فجحدها وولدها يضمن قيمتها يوم غصبها وولدها يوم الجحود وفي المنتقى ولو حمت في يد الغاصب ثم ردها على المولى فماتت من ذلك ضمنه المولى قيمة النقصان قال رحمه الله «ولو زنى بمغصوبة فردت فماتت بالولادة ضمن قيمتها ولا يضمن الحرة» وهذا قول الإمام أبي حنيفة وقالا لا يضمن الأمة ويضمن نقصان الحمل لأن الرد قد صح مع الحمل والحمل عيب فيجب عليه نقصان العيب وهلاكها بعد ذلك بسبب حادث عند المالك فلا يبطل به الرد كما إذا حمت في يد الغاصب فردها وماتت في تلك الحمى أو زنت عند الغاصب فردها وجلدت بعد الرد عند المالك وماتت من ذلك فإنه لا يضمن إلا نقصان العيب وكذا إذا سلم البائع الجارية للمشتري حبلى ولم يعلم المشتري بالحبل فماتت من الولادة لم يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن اتفاقا وللإمام أنه ردها كما أخذها لأنه أخذها وليس فيها عيب التلف وردها وفيها ذلك فلم يصح الرد فصار كما جنت جناية في يد الغاصب فقتلت بها بعد الرد أو دفعت بها بعد الرد فإنه يرجع بقيمتها على الغاصب بخلاف الحرة فإنها لا تضمن بالغصب وفي فصل الشراء الواجب التسليم وموتها بالولادة لا يعدم التسليم وفي الغصب السلامة شرط لصحة الرد فلم يرد مثل ما أخذ لا يعتد به فافترقا على أنه ممنوع وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى وإنه يزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة أقول يرد عليهم في الظاهر أنهم جعلوا الولادة هنا سببا للهلاك وقد صرح فيما مر بأنها ليست سببا للموت فكان بين الكلامين تدافع وفي المحيط ولو سرقت عند الغاصب أو سرق العبد فرد فقطع عند المالك فعند الإمام يضمن الغاصب نصف القيمة وعندهما يضمن نقصان السرقة اهـ قال رحمه الله «ومنافع الغصب» هذا معطوف على الحرة في قوله ولا يضمن الغاصب منافع الغصب وقال الشافعي يضمن منافع الغصب لأنها مال متقوم مضمون بالعقد كالأعيان ولنا أنها حدثت على ملك الغاصب لحدوثها في يده إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا للحاجة والإنسان لا يضمن ملك نفسه قال ابن قاضي زاده وهنا سؤال لم أر كثيرا من الشارحين تعرض له وهو أن يقال لقائل أن يقول مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الأجرة على المستأجر فيما إذا حدث المنافع في يده كما في استئجار الدور والأراضي والدواب ونحوها لأن الإنسان كما لا يضمن ملكه

لا يجب عليه الاجرة بعقد إجارة ملكه مع أنه تجب عليه الاجرة بالاجماع وأجاب عنه في غاية البيان ان الاجرة عند الاغاصب بما له المنافع بل بالتمكين منها من جهة المالك وهذا السؤال ساقط من أصله لان الغاصب يزعم حدوث المنافع على ملك نفسه والمستأجر يعتقد حدوثها على ملك المؤجر فافترقا وقوله بالاتلاف متعلق بضمان المنافع يعني ولكن منافع الغصب لا تضمن بالاتلاف لانه لا يخلو اما ان ترد عليها الاتلاف قبل وجودها أو حال وجودها أو بعد وجودها وكل ذلك محال أما قبل وجودها فلان اتلاف المعدوم لا يمكن وأما حال وجودها فلان الاتلاف اذا طرأ على الموجود رفعه فاذا قارنه منعه وأما بعد وجودها فلانها تنعدم كما وجدت ولا يتصور اتلاف المعدوم ولانا لو ضمناه المنافع لا يخلو اما ان تكون مضمونة بمثلها من المنافع لانه لا قائل بذلك ولا بالدراهم لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان للآية قال صاحب العناية واعترض بما اذا أتلف ما يتسارع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم وهي لا تماثله فدل على أن المماثلة ليست بمعتبرة لا يقال منافع الغصب مضمونة عندكم في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاستغلال وهذا التعليل جار فيه قلنا العلل على وفق القياس والقول بضمان المنافع فيما ذكرنا وجه الاستحسان قال رحمه الله ﴿وخمر المسلم وخنزيره بالاتلاف﴾ أي لا يضمن مالهما لانهما ليسا متقومين في حق المسلم وانما يصير متقوما باعتبار دين المغصوب منه بأنه متقوم أو بتعين بنفسه الى التقوم وفي شرح الطحاوي لا يضمن سواء أتلفه مسلم أو ذمي قال رحمه الله ﴿ويضمن لو كانا لذمي﴾ يعني يضمن اذا أتلف خمر الذمي أو خنزيره وقال الامام الشافعي لا يضمن لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قبلوا عقد الجزية فأعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم ولان حقهم لا يزيد على حق المسلم ولنا انا أمرنا بتركهم وما يدينون ولقول عمر لما سأل عماله ماذا يصنع بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فلولا انها متقومة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك من غير انكار فكان اجماعا وأورد على هذا الدليل في العناية فقال لم لا نتركهم وما يدينون في بعض الامور كاحداث بيعة وكنيسة وكركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها ولان الامر باجتناب الرجس يتناول المسلم فقط في حق الكافر على ما كان بخلاف الميتة والدم لان أحدا لا يعتقد تقومهما وبخلاف الربا فانه مستثنى من عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي فانا نقتله لانا ضمنا لهم ترك التعرض لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عمدا اذا كان الذابح من المسلمين لان ولاية السيف والمحاجة ثابتة فيمكن الزامه ولا يجب على متلفه الضمان وأما اذا أتلف المسلم خمر الذمي تجب عليه قيمته وان كان مثليا لان المسلم ممنوع من تملكه وتمليكه بخلاف الذمي اذا استهلك خمر الذمي حيث يجب عليه مثله لقدرته عليه ولو أسلم الطالب بعد ما قضى عليه بمثلها فلا شيء له على المطلوب لان الخمر في حقه ليس بمتقوم فكان باسلامه مبرأ عما كان في ذمته من الخمر وكذا لو أسلما الا ان في اسلامهما باسلام الطالب ولو أسلم المطلوب ثم أسلم الطالب بعده قال أبو يوسف لا يجب عليه شيء وقال محمد يجب عليه قيمة الخمر وهي رواية عن الامام لان الاسلام الطارئ بعد تقرر السبب كالاسلام المقارن للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم ولابي يوسف ان قبض الخمر المستحق في الذمة فقد تعذر استيفاؤه بسبب الاسلام ولا يمكن ايجاب قيمتها أيضا لانه ممنوع منها وصار كما لو كسر قلب العبد ثم تلف المكسور في يد صاحبه ليس لصاحبه ان يضمن الكاسر شيئا لان شرط تضمين قيمته تمليك المكسور وذلك قد فات ودليله مذكور في المطولات وفي التتارخانية ولو أتلف موقوذة المجوسي مسلم الصحيح انه يضمنه اه ولم يتعرض الشارح لما يلزمه في اتلاف خنزير الذمي والظاهر انه يضمن قيمته كما لو كان شاة كما في موقوذة المجوسي أخذا من قولهم الخنزير في حقهم كالشاة في حقنا والتفصيل المتقدم في الاسلام في خمر الذمي يجري كذلك في خنزيره وقد قال الفقير هذا من غير أن يجد نقلا ثم ظهرت النقل وفي التتارخانية وان كان الخمر والخنزير لذمي يجب على متلفه سواء كان المتلف مسلما أو ذميا غير ان المتلف ان كان ذميا فانه يجب عليه مثل الخمر وان كان المتلف مسلما يجب عليه قيمة الخمر وفي الخنزير يجب عليهما القيمة لان الخنزير لا مثل له من جنسه وفي التتارخانية أو كسر بيضة أو جوزة فوجد داخلها فاسدا فلا ضمان عليه وكذا لو كسر دراهم انسان ثم ظهر انها ستوقة فلا ضمان عليه واذا أفسد تأليف حصير انسان فان أمكن اعادته كما كان أمر باعادته فصار كما لو غصب سلم انسان وفرق سيلها وان لم يمكن الاعادة كما كان سلم المنقوض سيلها وضمن قيمة الحصير صحيحا وفي العيون غصب من آخر عبدا قيمته خمسمائة فخصاه فصار يساوي ألفا نص محمد ان صاحب الغلام بالخيار ان شاء ضمنه قيمته يوم خصائه وان شاء أخذ الغلام ولا شيء له وقال بعض مشايخنا يقوم الغلام كم يشترى للعمل قبل

الملح ويتقوم به فصار كما إذا صبغ فصار مثل ما بيناه قال الصدر الشهيد حسام الدين وهذا خلاف ما ذكره طائفة من مشايخنا والخمر المتقدم
قال رحمه الله ﴿وإن غصب خمرا من مسلم فخللها أو جلد ميتة ودبغه فللمالك أخذهما ورد ما زاد الدباغ فيه﴾ يعني يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد
المدبوغ ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومن الظل إلى الشمس وبالثاني
إذا دبغه بماله قيمة كالعفص والقرظ ونحو ذلك والفرق أن التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملك المغصوب
منه لأن المالية لا تثبت به وبالدباغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ في الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد
الدباغ فيه وطريق معرفته أن ينظر إلى قيمة الجلد غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن ما فضل بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى
يستوفي حقه كحبس المبيع بالثمن والرهن بالدين لما بينا في المسألة الأولى بالجعل وأطلق في التخليل فشمل ما إذا خللها بماله قيمة أو لا لكن قال
في القدوري أما لو ألقى فيها ملحا أو خلا له قيمة فعند الإمام يصير الخل ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعلى قولهما إن ألقى فيه الملح
فالمالك أخذه ودفع ما زاد فيه ومعناه أن يعطيه مثل وزن الملح من الخل هكذا [illegible] والملح سائغا وإن ألقى فيه الخل
فهو بينهما وإن استهلكه ضمن الخل وإن غصب عصيرا فصار عنده خلا فله أن يضمنه مثله إن كان في حينه وقيمته إن كان في غير
حينه ولو أراد رب العصير أن يأخذ القيمة الصحيح أنه ليس له ذلك وعن الثاني لو غصب عصيرا فصار عنده خمرا أو لبنا حليبا فصار
عنده مخيضا أو عنبا فصار زبيبا فالمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ ذلك ولا شيء له غيره وإن شاء ضمنه مثله وسلم إليه وأطلق في الدباغ
فشمل ما إذا دبغه بماله قيمة أو لا لكن قال في الأصل وإن غصب جلد ميتة ودبغه فإن دبغه بما لا قيمة له فإنه يأخذه مجانا وفي الكافي
فإن دبغه بماله قيمة له أخذه وأعطاه ما زاد الدبغ وأطلق في الجلد فشمل ما إذا أخذه من منزل صاحبه أو أخذه من الطريق بعدما ألقاه
صاحبه فيه لكن قال القدوري هذا إذا أخذه من منزله أما إذا ألقى صاحب الميتة في الطريق وأخذها رجل ودبغها فليس له أن يأخذ
الجلد وفي الذخيرة عن الثاني له أن يأخذ الجلد وإن ألقاه صاحبه في الطريق ولو كان المدبوغ جلد مذكى كان له ذلك قال مشايخنا
لا فرق بين جلد الميتة وجلد المذكى في شيء ذهب إليه الحاكم الشهيد فالجواب في الميتة والمذكى واحد قال رحمه الله ﴿وإن أتلفهما
ضمن الخل فقط﴾ يعني لو أتلف الغاصب الخل والجلد المدبوغ في يده قبل أن يردهما إلى صاحبهما ضمن الخل ولا يضمن الجلد
المدبوغ وهذا قول الإمام وقالا يضمن قيمة الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه لأن ملكه باق فيه ولهذا يأخذه وهو مال متقوم
فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك وللإمام أن ماليته وتقومه حصل بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له
حبسه والجلد تبع لذلك وملكه باق فيه ثم قيل يضمن قيمة جلد مدبوغ ويعطي ما زاد الدباغ قال فخر الإسلام وغيره في شرح الجامع
الصغير قولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على ما إذا قوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير أما إذا قومهما بالدراهم أو بالدنانير فيطرح
عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي وهو قيمة جلد ذكي غير مدبوغ وفي الكافي وإن استهلكه يضمن قيمته طاهرا غير مدبوغ
والجمهور على أنه يضمن قيمته مدبوغا ولو جعل الجلد فروا أو جرابا أو زقا لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل وإن خللها الغاصب الخمر قيل
يكون للغاصب بغير شيء عند أبي حنيفة سواء صارت خلا من ساعتها أو بمرور الزمان عليها لأن خلط الخل استهلاك واستهلاك
الخمر لا يوجب الضمان وعندهما إن صارت خلا من ساعتها فكما قال أبو حنيفة لأنه استهلاك وإن صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما
على قدر حقوقهما كيلا وفي التتارخانية وإذا غصب ترابا أو لبنة أو جعله آنية فإن كان له قيمة فهو مثل الحنطة إذا طحن فإن لم يكن
له قيمة فلا شيء عليه من الضمان وفي القدوري المغصوب منه يكون أسوة للغرماء في الثمن ولا يكون أخص بشيء من ذلك وفي الذخيرة
اتخذ كوزا من طين غيره كان الكوز له فإن قال رب الطين أنا أمرته به فهو أحق به وفي نوادر ابن سماعة رجل هشم طستا لغيره وهو
مما يباع وزنا فهو بالخيار إن شاء أمسك الطست ولا شيء له وإن شاء دفعه وأخذ قيمته وكذا كل مصنوع قيد بقوله أتلفهما لأنهما لو
هلكا لا يضمن بالإجماع والمجمع عليه لا يحتاج إلى دليل لأن دليله الإجماع ولم يظهر لهذا الاختلاف في التقويم فائدة عندي فإن قيمة
جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنه قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها وقولهم ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ
بعينها وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما صريح في ذلك فلا فائدة للاختلاف والمآل واحد ولهذا لو دبغه بما لا قيمة له يضمنه
بالاستهلاك وفي السغناقي ومن أتلف الشاة المذبوحة المتروكة التسمية عمدا لا يضمن اهـ قال رحمه الله ﴿ومن كسر معزفا أو أراق
سكرا أو منصفا ضمن﴾ وهذا قول الإمام وقالا لا يضمن لأنها معدة للمعصية فيسقط تقومها كالخمر ولأنه فعله بإذن الشارع لقوله عليه

الصلاة

الصلاة والسلام بعثت لكسر المزامير وقتل الخنازير ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا رأى أحدكم منكرا فليغيره بيده فان
لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان والكسر هو الانكار باليد ولهذا لو فعله باذن ولي الامر وهو الامام
لا يضمن فباذن الشارع أولى وللامام انه كسر ما لا ينتفع به من وجه آخر سوى اللهو ولا يبطل منفعة لاجل اللهو كما لو أتلف الامة المغنية
لان الفساد مضاف الى فعل الفاعل المختار والامر باليد فيما ذكر في حق الامام وأعوانه لقدرتهم عليه وليس لغيرهم الا باللسان على
أنه يحصل بدون الاتلاف كالاحداث ثم يضمن قيمتها صالحة لغير اللهو كما في الامة المغنية والكبش النطوح والحمام الطيارة والديك
المقاتل والعبد الخصي ويضمن قيمة السكر والمنصف لا المثل لان المسلم ممنوع من تملك عينه وان جاز فعله بخلاف الصليب حيث
يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم وقد أمرنا بتركهم وما يدينون قيل الخلاف في الدف والطبل اللذان يضربان للهو أما الدف
والطبل اللذان يضربان في العرس والغزو فيضمن اتفاقا ولو شق زق الخمر يضمن عندهما لامكان الاراقة بدونه وعند أبي يوسف
لا يضمن لانه قد لا تتيسر الاراقة الا به وفي العيون يضمن قيمة الزق وذكر في النهاية انه لا يضمن الدنان الا اذا كسر باذن الامام
والفتوى في زماننا على قولهما لكثرة الفساد وذكر في النهاية عن الصدر الشهيد يهدم البيت على من اعتاد الفسوق وأنواع الفساد
وقالوا لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل يراق العصير أيضا قبل أن يشتد ويلقى بالزبد على من اعتاد الفسق وقد روي عن
عمر رضي الله عنه انه مر على نائحة فضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقالوا يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال لا حرمة لها
وتكلموا في معنى قوله لا حرمة لها قيل معناه لما اشتغلت بالمحرم فقد أسقطت حرمة نفسها وروي ان الفقيه أبا الليث البلخي خرج
على بعض نهر فكان النساء على شطه كاشفات الرؤس والاذرع فقيل له كيف تفعل فقال لا حرمة لهن انما الشك في ايمانهن ثم
الامر بالمعروف فرض ان كان يغلب على ظنه انه يقبل منه ولا يسعه تركه ولو علم انه يهان أو يضرب ولا يصبر على ذلك أو يقع الفتن
فتركه أفضل ولو علم انه يصبر على ذلك ولا يشكو الى أحد فلا بأس به ولو علم انهم لا يقبلون ذلك منه ولا يخاف منهم ضربا فهو بالخيار
والامر أفضل وفي التتارخانية يضمن قيمته خشبا منحوتا وفي المنتقى يضمن قيمته ألواحا أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة
يضمن قيمته غير منقوش بتماثيل فان كان صاحبه قطع رؤس التماثيل ضمن قيمته منقوشا ولو أحرق بساطا فيه
تماثيل رجال ضمن قيمته مصورا هدم بيتا مصورا بالاصباغ وتماثيل الرجال والطير ضمن قيمة البيت والاصباغ غير مصور فان قلت
لماذا ضمن في الباب غير منقوش وفي البساط مصورا قلت لان التصوير في البساط بالصوف وهو مال في ذاته بخلاف الخشب قال رحمه
الله ﴿وصح بيع هذه الاشياء﴾ وهذا قول الامام وقالا لا يجوز بيع هذه الاشياء لانها ليست بمال متقوم وجواز البيع ووجوب
الضمان مبنيان على المالية قال رحمه الله ﴿ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت ضمن قيمة المدبرة لا أم الولد﴾ وهذا عند الامام
وقالا يضمن أم الولد أيضا لانها متقومة عندهما كالمدبرة وقد ذكرناه والدليل من الجانبين في كتاب العتق لا يقال قد علم مما ذكر
المؤلف رحمه الله تعالى في كتاب العتق ان أم الولد لا قيمة لها عند الامام حيث قال ﴿وبالام ولد تقوم﴾ فذكر أم الولد هنا
لا فائدة له لانا نقول بل فيه فائدة لانه ثبت بين الحكم فيما اذا أعتقها الشريك فربما يتوهم متوهم ان الحكم في الغصب بخلاف
ما تقدم فبين المؤلف رحمه الله انه لا يختلف والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الشفعة﴾

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل منهما والحق تقديمها لكونها مشروعة دونه ولكن تدور
الحاجة الى معرفته لكثرة الاحكام المتعلقة به أوجبت تقديمه والكلام فيها من وجوه الاول في معناها لغة والثاني شرعا والثالث
في بيان دليلها والرابع في بيان سببها والخامس في ركنها والسادس في شرطها والسابع في حكمها وصفتها أما هي لغة فمأخوذة
من الشفع الذي هو ضد الوتر وشرعا ما يذكره المؤلف ودليلها ما روي انه عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة
أو حائط وقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعة جاره وسببها دفع الضرر الذي ينشأ من سوء المجاورة على الدوام من حيث ايقاد
النار واعلاء الجدار واثارة الغبار وركنها هو الاخذ من المشتري أو من البائع وشرطها كون المحل عقارا علوا كان أو سفلا
ولو كان بدل هو مال وأما حكمها فهو جواز طلب الشفعة عند تحقق سببها وصفتها أن الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ حتى يثبت ما يثبت
بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والشرط قال رحمه الله ﴿هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه﴾ هذا في الشرع وزاد

بعضهم شركة أو جوار وقوله تمليك جنس مثل تمليك العين والمنافع وقوله البقعة فصل خرج به تمليك المنافع وقوله جبرا أخرج
به البيع فإنه يكون بالرضا وقوله بما قام عليه يعني حقيقة أو حكما كما سيأتي في الخمر ونحوه والمراد تمليك البقعة أو بعضها المشتمل
على ما اشتراها أخذ صفقة بها في التاتارخانية اشترى الجار دارا لجار آخر من جانب آخر وطلب الشفعة يقسم الدار بين المشتري
والجار نصفين وفي التاتارخانية سئل عما يجب في الأراضي التي تملك رقابها حتى تجب في الأراضي التي حازها الإمام لبيت المال ويدفع
للناس مزارعة فصار لهم فيها بناء وأشجار فإن بيع هذه الأراضي باطل إذ لا تجب في الملك في الأراضي حتى لو بيعت دار بجنبها دار
أو وقف ولا شفعة للوقف ولا بأخذها المتولي قال ابن قاضي زاده إذا كان حقيقة الشفعة التمليك لزم أن لا يكون لقوله الشفعة تجب
بعقد البيع وتستقر بالإشهاد صحة إذ الثبوت لا يتصور بدون التحقق وحين عقد البيع والإشهاد لم يوجد الأخذ بالتراضي ولا بقضاء
القاضي ولم يوجد التمليك بناء على تقدير أن يكون الشفعة نفس ذلك التمليك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالإشهاد
وتأكدها بعد ولما أن حكم الشفعة جواز الطلب وثبوت الملك بالقضاء أو بالتراضي ولو كان نفس التمليك لما صح شيء من جواز طلب
الشفعة وثبوت الملك بالقضاء وبالتراضي لأن يكون حكما للشفعة أما الأول فلأنه لا شك أن المقصود من طلب الشفعة إنما هو
الوصول إلى ملك المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى جواز طلب الشفعة ضرورة
بطلان طلب الحاصل وحكم الشيء يعاقبه ... فعلى هذا لا يظهر عندي تعريف الشفعة بما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة
عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار اهـ والجواب أن المراد الوجوب والاستقرار استقرار حق الأخذ لا نفسه وقولهم
حكم الشفعة جواز الطلب يعني حكم حق الأخذ فلا إيراد قال رحمه الله ﴿وتجب للخليط في نفس المبيع﴾ يعني تثبت للشريك
في نفس المبيع لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة واعترض بأن الحديث وإن دل على نفي
الذي هو ثبوت حق الشفعة للشريك الآخر إلا أنه ينفي نفيه الآخر وهو ثبوتها لغير الشريك أيضا كالجار الملاصق لأن اللام في
الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند إليه بلام الجنس يفيد قصر المسند إليه على المسند فيقتضي انتفاء حق الشفعة
عن غير الشريك كالجار والجواب أن ثبوت حق الشفعة للجار أفاده حديث آخر فظهر أن القصر غير حقيقي قال رحمه الله
﴿ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار الملاصق﴾ يعني تثبت بعد الأول
للشريك في حق المبيع كالشرب والطريق أما الطريق فقد تقدم دليله وأما الجار فلقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعة
جاره وإنما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره لأنها وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه وكل ما كان أكثر اتصالا
كان أخص ضررا وأشد فكان أحق بها لقوة الموجب فليس للأضعف أن يأخذ مع وجود الأقوى إلا إذا ترك فله أن يأخذ ابن
شهاب وقال الشافعي لا تجب للجار وقوله إن كان خاصا يعني الشرب والطريق وإن لم يكن خاصا لا يستحق به الشفعة والطريق
الخاص أن يكون غير نافذ وإن كان نافذا فليس بخاص وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار في السفلى
فلأهلها الشفعة لا غير وإن بيعت في العليا كان لهم وللعليا جميعا لأن في العليا حقا لأهل السكتين حتى كان لهم كلهم أن يمروا فيها
وليس في السفلى حق لأهل العليا حتى لا يكون لهم أن يمروا فيها ولا لهم فتح باب والشرب الخاص عند الإمام ومحمد أن يكون نهرا
صغيرا لا تجري فيه السفن فإن كانت تجري فيه السفن فليس بخاص فإذا بيعت أرض من الأراضي التي تسقى منه لا يستحق أهل النهر
الشفعة والجار أحق منهم بخلاف النهر الصغير وقيل إن كان أهله يحصون فهو صغير وإن كانوا لا يحصون فهو كبير وعليه عامة المشايخ
لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فقدره بعضهم بخمسمائة وقيل هو مفوض إلى رأي المجتهد في كل عصر فإن رأوه كثيرا
كان كثيرا وإن رأوه قليلا كان قليلا وهو أشبه الأقاويل بالفقه والجار الملاصق وهو الذي ظهر بيته إلى ظهر بيت هذا وبابه
في سكة أخرى وفي شرح الطحاوي صورته دار فيها منازل وباب الدار إلى سكة غير نافذة وأبواب هذه المنازل إلى هذه الدار وكل
منزل لرجل على حدة إلا منزلا منها لرجلين ولهذا المنزل المشترك جار ملاصق على ظهره فباع أحد الشريكين نصيبه فالشفعة أولا للذي
لم يبع فإن سلم أو لم يطالب فالشفعة لأرباب المنازل فإن لم يطلبوا وسلموها فالشفعة لأهل السكة ويستوي في ذلك الملاصق وغيره والجار
الذي له الشفعة عندنا الملاصق الذي داره لزيق الدار التي وقع فيها الشراء والجار الذي هو مؤخر عن الشريك هو أن لا يكون شريكه
في الأرض لا في الطريق والمسيل وفي المحيط سكة غير نافذة فيها عطف فإن كان من بعد أهل العطف أولى بما بيع فيه لأن المربع

كالمفصل

كالمتصل ولهذا لهم أن يسدوا الدرب في أعلاه وإن كان العطف مدورا فالكل سواء لان المدور كالمتصل وفي نوادر ابن هشام قال أبو يوسف المدور والمربع والمستطيل سواء درب غير نافذ في أسفله مسجد ظهره الى الطريق الاعظم خطه الامام فباع رجل من أهل الدرب داره فلا شفعة لاهل الدرب الامن جاورها وان كان حول المسجد بيوت تحول بينه وبين الطريق فالشفعة لكل أهل الدرب الامن جاورها لان الامام لما خط المسجد للطريق كان له أن يفتح الى الطريق ويدخل الناس منه الى الصلاة وامكان الفتح الآن كالفتح السابق وفي التتارخانية ولو كان المبيع بعضه يلزقه وبعضه لا يلازقه فالشفعة فيما يلازقه أرضا كان أو بستانا أو غيره ولم يتعرض المؤلف لما اذا كان شريكا في الطريق والآخر في المسيل من يتقدم وفي التتارخانية وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب المسيل اذا لم يكن المال مسيل الماء لكانه ٧ اه قال رحمه الله ﴿والشريك في خشبة وواضع الجذوع على الحائط جار﴾ لا يكون شريكا لان الشركة المعتبرة هي الشركة في العقار لا في المنقول والخشبة منقولة وواضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكا بل جار ملاصق لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر فيستحق الشفعة على أنه جار ملاصق ولا يرجح بذلك على غيره من الجيران وكذا اذا كان بعض الجيران شريكا في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة في البناء المجرد بدون الارض لا يستحق به الشفعة ولو كان البناء والارض التي عليها البناء مشتركا بينهما كان هذا أولى لانه شريك في بعض المبيع ويتأتى ذلك فيما بينا أولا على وجه الشركة ثم تقسما الارض غير موضع البناء فبقي البناء وموضعه مشتركا فهو شريك فيقدم على الجار هذا رواية وفي رواية هو والجار سواء في غير موضع الجدار لان الشفعة في غير موضع الجدار بالجوار وهو فيه سواء وفي الجامع الصغير الحسامي ولو كان خليطا من وجه كان مقدما على الجار وفي أدب القاضي للخصاف الجار الذي هو مؤخر عن الشريك في الطريق هو من لا يكون شريكا في الارض فلو كان شريكا في منزل في الدار أو بيت منها فبيعت الدار كان هو أحق في المنزل لما ذكرنا واستويا في البقعة في رواية لانهم كلهم جيران في حق البقعة ولو كان دار بين رجلين ولاحدهما فيها منزل مشترك بينه وبين آخر غير شريكه في الدار فباعها كان الشريك في الدار أولى بشفعة الدار لانه شريك فيها والشريك في المنزل أولى بالمنزل لانه شريك فيها والآخر جار وعلى هذا لو كان سفل بين رجلين وعليه علو لاحدهما مشترك بينه وبين الآخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه في العلو والسفل لشريكه في السفل لان كل واحد منهما شريك في نفس المبيع وجار في حق الآخر كذا في الشارح وغيره قال ابن قاضي زاده وهذا التمثيل قاصر لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب وقد تقدم ذلك في بيان الحقوق فتمثيل الشريك في المنزل بشركه في بيت يخالف ما تقدم ولا ضرورة تدعو اليه اهـ والجواب أنه تقدم أن الفرق بين المنزل والبيت اصطلاح طائفة وعند طائفة أخرى لا فرق فهذا على عدم الفرق فلا قصور وفي المحيط دار بيعت ولها بابان في زقاقين بطرفان كانت في الاصل دارين باب كل منهما في زقاق اشتراهما رجل واحد في رفع الحائط من بينهما وصارت دارا واحدة ولها بابان فالشفعة لاهل الزقاقين في الدار جميعا على السواء فكان العبرة للاصل دون العارض ونظيره بين الزقاقين اذا كان أسفله زقاق الى جانب آخر فرفع الحائط من بينهما فصار الكل سكة واحدة كان لاهل كل زقاق الشفعة في الذي يليهم خاصة ولا شفعة في الجانب الآخر قوم اقتسموا دارا ورفعوا طريقا بينهم جعلوها نافذة ثم تبادروا وجعلوا أبواب الدور شارعة الى سكة فباع بعضهم داره فالشفعة بينهم بالسواء لان هذه السكة وان كانت نافذة فكانها غير نافذة واذا بيع السفل فلصاحب العلو الشفعة فان لم يأخذ حتى انهدم البناء أو كان مهدوما حين البيع فلا شفعة له عند الثاني وقال الثالث له الشفعة لان الشفعة تستحق بسبب القرار البناء وهو حق التعلي وهو قائم ولابي يوسف ان الشفعة انما تجب بما هو مملوك له وهو البناء والهواء وحق التعلي ليسا بمملوكين قال رحمه الله ﴿على عدد الرؤس بالبيع﴾ يعني تجب الشفعة بالبيع وتقسم على عدد الرؤس اذا كانوا كثيرين والباء في قوله بالبيع تتعلق بتجب في قوله تجب للخليط معناه تجب الشفعة بعد عقد البيع أي بعده لا بسببه لان السبب هو الاتصال على ما بيناه وأورد عليه أن مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالاظهر أن تكون الباء للمصاحبة والمقارنة فانه كثير مذكور في كتب العربية قال في العناية لو كان السبب هو الاتصال جاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب كالابراء بعد وجود الدين وأجيب بأن البيع شرط ولا وجود للمشروط بعده وردبانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب وقال الشافعي على مقدار الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك ألا ترى انها لتكميل المنفعة فأشبهت الغلة والربح والولد والثمرة ولنا انهم استووا في

سبب الاستحقاق وهو علة استحقاق الكل في حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل والاستواء في العلة
يوجب الاستواء في الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوتها وما استشهد به من الولد وغيره متولد من الملك فيستحق بقدر
الملك بخلاف هذا ولو أسقط أحدهم حقه قبل القضاء فان لمن بقي أن يأخذ الكل لان التشقيص للمزاحمة وقد زال بخلاف ما اذا أسقطها
حقه بعد القضاء حيث لا يكون له أن يأخذ نصيب الآخر لانه بالقضاء قطع كل واحد منهما عن نصيب الآخر ولو كان بعضهم غائبا
يقضي بالشفعة بين الحاضرين لان الغائب يحتمل أن لا يطلب فلا يؤخر بالشك وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضي
بالشفعة له ثم اذا حضر الغائب وطلب قضي له لتحقق طلبه فيزاحم الغائب اذا كان يقاسم الحاضر لا يقضى له بالكل اذا
أسقط الحاضر حقه لتحقق انقطاع حقه عن الباقي بالقضاء وهو نظير ما اذا قضى للشريك ثم ترك ليس للجار أن يأخذه لانه بالقضاء
للشريك انقطع حقه ولو أراد أخذ البعض وترك البعض فليس له ذلك الا برضا المشتري ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لا يصح
ويسقط حقه لاعراضه ويقسم على عدد الرؤس ولو كان أحد الشفعاء حاضرا والآخر غائبا وطلب الحاضر الشفعة في النصف على
حسبان انه يستحق في النصف بطلت شفعته لانه يستحق الكل والقسمة للمزاحمة ولو كانا حاضرين وطلب كل واحد منهما
النصف بطلت شفعتهما ولو طلب أحدهما النصف والآخر الكل بطل حقه من طلب النصف وللآخر أن يأخذ الكل قال في المحيط
ولو كانت دار بين ثلاثة لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع صاحب النصف نصيبه فانه يقسم ما باع بين الشريكين
نصفين لانهما استويا في علة الاستحقاق وهو الاتصال والضرر ولهذا لو كانت الدار بين اثنين لاحدهما الاكثر وللآخر الاقل
فاذا باع صاحب الكثير أخذ صاحب القليل كله ولو كان باعتبار الملك لاخذ بقدر ملكه قال رحمه الله تعالى ﴿وتستقر بالاشهاد﴾
لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض ولا بد من الاشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا
يمكنه ذلك الا بالاشهاد نظرا الى اثباته وهو أن الاحتياج الى اثباته اذا أنكر المشتري طلبه وأما اذا لم ينكر فلا يحتاج فعلى هذا ينبغي
أن لا تبطل بترك الاشهاد اذا لم ينكر مع أن الظاهر من كلامهم بطلانها بترك ذلك مطلقا قلت وقت الاشهاد متقدم على وقت
الخصومة في انكار وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم تعلم رغبته فيه
بل يحتمل اعراضه فلذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قال رحمه الله ﴿وتملك بالاخذ بالتراضي أو قضاء القاضي﴾ قوله أو قضاء
القاضي معطوف على الاخذ لا على التراضي لانه بالقضاء تثبت الملك فيها قبل الاخذ يعني تملك الدار بأحد هذين الامرين أما الاخذ
اذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ لان ملك المشتري قد تم بالشراء فلا يخرج عنه الى الشفيع الا برضاه أو بحكم
الحاكم لان للحاكم ولاية عامة الا أن أخذ الشفعة بقضاء القاضي أحوط حتى كان للشفيع أن يمتنع عن الاخذ اذا سلم المشتري له بغير
قضاء لان في القضاء زيادة فائدة وهي صيرورة الحادثة معلومة للقاضي وبين ملكه له فاذا كانت تملك بأحد الامرين لا يثبت له
فيها شيء من أحكام الملك قبله حتى لا تورث عنه اذا مات في هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها والله تعالى أعلم

﴿باب طلب الشفعة﴾

لما ثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه زاد في الهداية والخصومة فيها ووجهه لما كان للخصومة في
الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات شرع في بيانها أيضا قال رحمه الله ﴿فان علم الشفيع بالبيع أشهد في
مجلسه على الطلب﴾ وهو طلب المواثبة وسمي به لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها ولا بد منه لما بينا والشرط
أن يطلب اذا علم على الفور من غير تأخير ولا سكوت لان سكوته بعد علمه يدل على رضاه بالمشتري فتبطل شفعته اذا كان بعد
العلم بالمشتري والثمن لان السكوت انما يكون دليل الرضا بالعلم بهما فاذا أخبر بحضرة شهود يشهدهم عليه وان لم يكن بحضرته أحد
طلب من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود والطلب لا بد منه كيلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى وليمكنه من الحلف اذا حلف
ولئلا يكون معرضا عنها وراضيا وكون الطلب متصلا يعني على الفور هو اختيار عامة المشايخ وروى هشام عن محمد ان له التأمل الى
آخر المجلس كالمخيرة لانه تملك ولا بد من التأمل وهو اختيار الكرخي وبعض المشايخ وفي البحر يعتد وهو أصح الروايتين وفي
الفتاوى العتابية ولو سكت مكرها لا يبطل وكيفية الطلب على الصحيح أن يكون بلفظ الماضي أو المستقبل اذا كان لفظه يفهم
منه طلب الشفعة وفي الظهيرية بشفعته لي كان ذلك طلبا ومن الناس من لو قال طلبت وأخذت بطلت شفعته لان كلامه وقع كذبا

الابتداء والصحيح أنه لا يبطل لأنه إنشاء عرفا ولو قال بعدما علم بالخبر الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم أو سبحان
الله لا تبطل شفعته على ما اختاره الكرخي لأن الأول حمد على الخلاص والثاني تعجب والثالث لافتتاح الكلام ولا يدل شيء
منها على الإعراض وكذا إذا قال من ابتاعها أو بكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن وكذا لو قال حاص الله ولا يجب الطلب
حتى يخبره رجلان غير عدلين أو واحد عدل أو رجل وامرأتان لأن فيه إلزاما من وجه فيشترط له أحد شطري الشهادة هذا
قول الإمام وعندهما يجب عليه الطلب إذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا إذا كان الخبر حقا ولو أخبره
المشتري نفسه يجب عليه الطلب بالإجماع كيفما كان لأنه خصم والعدد والعدالة لا تعتبر في الخصم قال رحمه الله ﴿ثم على البائع
لو في يده أو على المشتري أو عند العقار﴾ وهذا طلب التقرير وفيه طلب ثالث وهو طلب الأخذ ولا بد من هذه الثلاثة ولا بد من
الإشهاد في هذا لأنه يحتاج إليه لإثباته عند القاضي كما تقرر ولا يمكنه الإشهاد على طلب المواثبة ظاهرا حتى لو أمكنه ذلك وأشهد
عند طلب المواثبة بأن طلبه بحضرة الشهود والمشتري والبائع حاضران وكان ذلك عند العقار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين ذكره
شيخ الإسلام وفي العناية ولو باع إلى أجل فاسد وعجل المشتري الثمن جاز البيع وثبتت الشفعة وكذا إذا باع الأرض وفيها زرع
وفي الخيار المزيد والأجل إلى القطاف جاز أخذه بالشفعة فإن لم يطلب بطلت وإذا اشترى رجل من أهل البغي دارا من رجل في
عسكر أهل العدل فإن كان لا يقدر أن يبعث وكيلا ولا يدخل بنفسه هو على شفعته ولا يضره ترك طلب الإشهاد وإن كان يقدر
على ذلك ولم يطلب طلب المواثبة بطلت شفعته وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذي سمع فيه ويشهد على البائع إن
كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار فإذا فعل ذلك استقرت شفعته وإنما صح الإشهاد عند هؤلاء الثلاثة لأن المشتري
والبائع خصم فيه بالملك وباليد وأما عند العقار فلتعلق الحق به ولا يكون البائع خصما بعد تسليم المبيع إلى المشتري لعدم الملك
واليد ولا يصح الإشهاد عليه بعده هكذا ذكره القدوري والناطفي وذكر شيخ الإسلام أنه يصح استحسانا ومدة هذا الطلب
مقدرة بالتمكين من الإشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطالب بطلت شفعته وإن قصد الأبعد من هذه
الثلاثة وترك الأقرب فإن كانوا جميعا في مصر جاز استحسانا لأن نواحي المصر جعلت كناحية واحدة حكما كأنهم في مكان
واحد ولو كان بعضهم فيه والبعض في مصر آخر أو في الرستاق وقصد الأبعد وترك الذي في مصره بطلت شفعته قياسا واستحسانا
لتباين المكانين حقيقة وحكما وإن كان الشفيع غائبا يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر في طلب التقرير بقدر المسافة
إلى أحد هذه الثلاثة وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن
فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لأن طلبه غير معلوم لا يصح فما لم يبين المطلوب لم تكن
المطالبة لها اختصاص بالمبيع فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب وأما الثالث وهو طلب الأخذ والتملك فلا بد منه أيضا لأنه لا يحكم
به بدون طلبه وسيأتي كيفية هذا الطلب من قريب إن شاء الله تعالى وفي الهداية ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح
ولو ترك الطلب قبله لم تبطل شفعته وفي الخانية لو عجز عن طلب الإشهاد بأن كان البائع أو المشتري في المعاة أو دار الحرب فإن
أمكنه أن يوكل بالطلب أو يكتب كتابا به ولم يفعل بطلت شفعته فإن لم يمكنه التوكيل والكتاب لا تبطل وفي فتاوى أبي الليث إن
أثبت شفعته عند القاضي فطلب إلى السلطان الذي يولي القضاء بطلت شفعته وإن كانت شفعته عند الباشاة والسلطان وامتنع
القاضي من إحضاره فهو على شفعته وفي النوادر إذا أراد أن يفتتح الصلاة بجماعة ولم يذهب للطلب بطلت شفعته وفي الأصل
الشفيع إذا علم بالبيع نصف الليل ولم يقدر على الخروج للإشهاد فإن أشهد حين أصبح صح وإن ترك الإشهاد حين أصبح
بطلت اليهودي إذا علم يوم السبت وترك الطلب بطلت شفعته وفي فتاوى أهل سمرقند الشفيع بالجوار إذا خاف أن يطلب الشفعة
القاضي لا يراها فترك الطلب لا تبطل شفعته وإذا ادعى البائع والمشتري أن الشفيع علم بالشراء منذ أيام ثم اختلفا بعد ذلك
الطلب فقال الشفيع طلبت منذ علمت وقال المشتري ما طلبت القول قول المشتري وفي الظهيرية لو قال المشتري علمت قبل ذلك ولم
تطلب فالقول قول الشفيع وفي نوادر أبي يوسف رحمه الله إذا قال الشفيع طلبت الشفعة حين علمت فالقول قوله ولو قال علمت أمس
وطلبت أو كان البيع أمس وطلبتها في ذلك الوقت لم يصدق إلا ببينة وهكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي وحكى عن الشيخ عبد
الواحد الشيباني رضي الله تعالى عنه أنه قال إذا قال الشفيع علمت بالشراء وطلبت طلب المواثبة لا يقبل إلا ببينة منه لكن إذا قال

بعد ذلك علمت منذ كذا أو طلبت لا يصدق على الطلب ولو قال ما علمت إلا الساعة يكون كاذبا فالحيلة في ذلك أن يقول لإنسان
أخبرني بالشراء ثم يقول الآن أخبرت فيكون صادقا وإن كان أخبر قبل ذلك كما في الصغيرة إذا بلغت في نصف الليل واختارت نفسها
وأرادت أن تشهد على ذلك تقول حضت الآن ولا تقول حضت نصف الليل واخترت نفسي فإنها لا تصدق في اختيارها نفسها
ولكن تقول على نحو ما سبق وتكون صادقة في قولها الآن حضت وذكر محمد بن مقاتل في نوادره إن كان الشفيع قد طلب
الشفعة من المشتري في الوقت المتقدم ويخشى أنه إذا أقر بذلك يحتاج إلى البينة فقال أخبرت وأنا أطلب الشفعة يسعه أن يقول
ذلك ويحلف على ذلك ويستثني في يمينه وإن قال الشفيع كنت طلبت الشفعة حين علمت بالبيع وأنكر المشتري ذلك وطلب
الشفيع يمين المشتري ذكر في الهاروني وأدب القاضي للخصاف أنه يحلف المشتري على نفي العلم أنه ما طلب شفعته وإنه ما طلب
ولم يذكر فيه خلافا وذكر الفقيه أنه قول أبي يوسف وقال محمد رحمه الله تعالى أحلفه على البت بالله تعالى ما طلبت شفعته حين
بلغك الشراء فإن قال المشتري للقاضي حلفه بالله لقد طلب هذه الشفعة طلبا صحيحا ساعة علم بالشراء من غير تأخير حلفه القاضي
على ذلك وإن أقام المشتري بينة أن الشفيع علم بالبيع منذ زمان ولم يطلب الشفعة وأقام الشفيع بينة أنه طلب الشفعة حين علم
بالبيع فالبينة بينة الشفيع في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله تعالى المشتري
إذا أنكر طلب الشفعة فالقول قوله مع يمينه فبعد ذلك ينظر عند سماع البيع يحلف على العلم بالله ما تعلم أن الشفيع حين سمع
البيع طلب الشفعة وإن أنكر طلبه عند اللقاء يحلف على البتات في سماعه قال رحمه الله ﴿ثم لا تسقط بالتأخير﴾ يعني لا تسقط
الشفعة بتأخير هذا الطلب وهو طلب الأخذ بعد ما استقرت شفعته بالإشهاد وهذا قول الإمام وأبي يوسف في ظاهر الرواية
وفي العيني الفتوى على قول الإمام وعن الثاني إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته وقال
محمد إن أخر إلى شهر من غير عذر بطلت شفعته لتغير أحوال الناس في قصد الإضرار بالغير ومحل الخلاف إذا أخر من غير عذر
ولو كان بعذر من مرض أو حبس ولم يمكنه التوكيل أو قاض لا يرى الشفعة بالجوار في بلدته لا تسقط بالإجماع وإن طالت المدة
لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره وجه قول الإمام أن حقه قد تقرر فلا يسقط بالتأخير بعد ذلك وما ذكر من الضرر يمكن
دفعه بأن يرفع المشتري الأمر إلى الحاكم فيؤمر الشفيع بالأخذ أو الترك على أنه مشكل فيما إذا كان الشفيع غائبا حيث لا يسقطها
بالتأخير ولو كان ضررا يراعى لسقطت إذ لا فرق في الضرر بين أن يكون حاضرا أو غائبا وفي الكافي لو لم يكن في البلدة قاض
لا تبطل بالتأخير بالإجماع قال رحمه الله ﴿فإن طلب عند القاضي سأل المدعى عليه فإن أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن
الشفيع سأله عن الشراء فإن أقر أو نكل أو برهن الشفيع قضى بها﴾ يعني إذا تقدم الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة
عند القاضي سأل القاضي المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي ملك الشفيع أم لا وإن أقر بأنها ملكه أو أنكر
أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه سأل القاضي المدعى عن الشراء فيقول له هل اشتريت أو لا فإن أقر بأنه
اشترى أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة قضى بالشفعة لثبوته عنده وهذا هو طلب الأخذ الموعود به وذكرها
سؤال القاضي المدعى عليه عن ملك الشفيع أولا عقيب طلب الشفعة وليس كذلك بل القاضي يسأل أولا المدعي قبل أن
يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من مصر ومحلتها وحدودها لأنه ادعى فيها حقا فلا بد أن يكون معلوما لأن دعوى
المجهول لا تصح فإن بين ذلك سأله هل قبض المشتري الدار أو لا لأنه إذا لم يقبضها لم تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع
فإذا بين ذلك سأله عن سبب شفعته وعن حدود ما يشفع به لأن الناس يختلفون فيه فلعله ادعى بسبب غير صحيح أو يكون محجوبا
بغيره فإن بين سببا صالحا ولم يكن محجوبا بغيره سأله أنه متى علم وكيف صنع حين علم لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض وبما يدل
عليه فلا بد من كشف ذلك وسأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من أشهد وهل كان الذي أشهد عنده أقرب من غيره أو لا فإذا
بين ذلك كله ولم يخل بشيء من شروطه تمت دعواه وأقبل على المدعى عليه وسأل كما ذكر المؤلف فإذا عجز الشفيع عن البينة وطلب يمين
المشتري استحلفه القاضي بالله ما تعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به وهذا قول أبي يوسف لأن الدار في يد غيره وعند محمد يحلف
على البتات لأنه يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب وبعد ذلك سأل القاضي المدعى عليه فيقول هل اشتريت أم لا فإن أنكر
الشراء قال للشفيع أقم البينة أنه اشتراه لأن الشفعة لا تثبت إلا بالشراء ولا بد من إثباته بالحجة فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين

المشتري استحلفه بالله ما اشترى أو بالله ما يستحق في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا تحليف على الحاصل وهو قول الامام ومحمد والاول على السبب وهو قول أبي يوسف وانما يحلف على البتات لانه حلف على فعل نفسه فان نكل أو أقر أو أقام الشفيع بينة قضى به لظهور الحق بالحجة وفي الجوهرة قال المدعى عليه هذه الدار في يده ولكنها ليست ملكه قال الاول والثالث لا يقضى لهم حتى تقيم البينة انها ملكه وعن الثاني اذا أقر باليد كان القول قول الشفيع انها ملكه قال رحمه الله ﴿ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى﴾ بل يجوز له المنازعة وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى له بالشفعة يأمره باحضار الثمن وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن احترازا عن إبطال الشفيع الشفعة ورفعه الى القاضي والقاضي يؤجله ثلاثة أيام لنقد الثمن فان جاء به الى هذه المدة والا أبطل شفعته وفي فتاوى أبي الليث الشفيع اذا طلب الشفعة فقال المشتري هات الدراهم وخذ شفعتك فان أمكنه احضار الدراهم في ثلاثة أيام والا بطلت شفعته قال الصدر الشهيد والمختار انها لا تبطل وفي الحاوي انها تبطل وفي جامع الفتاوى الفتوى اليوم على قول الحاوي اهـ ثم اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن فللمشتري ان يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه ويفسد القضاء عند القاضي محمد ولو أخر دفع الثمن بعد ما قال له ادفع لا تبطل بالاجماع اتقاني كذا في الكفاية بخلاف ما اذا أخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد حيث تبطل لما علم اهـ كذا في الجوهرة فان طلب التأجيل في الثمن أجله يوما أو يومين أو ثلاثا فان سلم والا حبسه القاضي حتى يدفع الثمن ولا ينقض القضاء بالشفعة وفي شرح الطحاوي اختصما الى القاضي يؤجل الشفيع قدر ما يرى لاحضار الثمن فان أحضر في المدة قضى له والا بطلت شفعته كذا في الخلاصة وفي ابن فرشته باع المشتري الدار أو وهبها من غيره ثم غاب الاول فادعى الشفيع على الحاضر الذي هو المشتري الثاني أو الموهوب له فأنكر الحاضر فأراد الشفيع اقامة البينة قال أبو يوسف هو خصمه فتقام البينة عليه وقالا لا يكون خصما ولا تقام البينة عليه لما ان القضاء على الغائب قصدا لا يجوز وفي جعله خصما ابطال حق الغائب قصدا فلا يجوز بخلاف ما اذا صدقه لان الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدى عن نفسه قال رحمه الله ﴿وخاصم البائع لو في يده﴾ يعني للشفيع ان يخاصم البائع اذا كان المبيع في يده لان له يدا محقة اصالة فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير ونحوهما لان يدهم ليست اصالة فلا يكون خصما قال رحمه الله ﴿ولا تسمع البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهده والعهدة على البائع﴾ لان الشفيع مقصوده ان يستحق الملك واليد فيقضي القاضي بهما له فيشترط حضور البائع والمشتري للقضاء عليهما بهما لان لاحدهما يدا وللآخر ملكا ولا بد من اجتماعهما لان القضاء على الغائب لا يجوز ولان أخذه من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبل القبض يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه كما اذا هلك قبل القبض ولا يجوز الفسخ عليهما الا بحضرتهما بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البائع لان العقد قد انتهى بالتسليم وصار البائع أجنبيا عنهما ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا ان يحمل فسخا في حق الاضافة الى المشتري لان البيع قد فات بالأخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فقلنا بانه انفسخ بالاضافة الى المشتري وبقي أصل العقد مضافا الى الشفيع فقام مقام المشتري فكأن البائع باعه منه وخاطبه بالايجاب فجعل العقد متحولا الى الشفيع فلم ينفسخ أصله وانما انفسخ اضافته الى المشتري ونظيره في المحسوسات من رمى سهما الى شخص فتقدم غيره وأصابه فان رمي سهمه لم ينقض وانما انتقض التوجه الى الاول فتحول الثاني وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعض المشايخ تنتقل الدار من المشتري الى الشفيع بعقد جديد ولو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشتري رآها ولما كان له الرد بالعيب اذا كان المشتري أبرأ البائع من ذلك العيب والجواب ان العهدة تقتضي سلامة المعقود عليه للشفيع ولم يوجد من الشفيع ما يبطل خيار الرؤية والعيب فله ذلك والمراد بالعهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق وفي التتارخانية عن الثاني اذا كان المشتري نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى القاضي للشفيع بالشفعة فينقد الشفيع الثمن للمشتري فالعهدة على المشتري وان كان لم ينقد الثمن ودفع الشفيع الثمن الى البائع فالعهدة على البائع واذا رد الشفيع الدار في هذه الصورة بعيب فرده على البائع أو على المشتري بقضاء فأراد المشتري ان يأخذ بشرائه صح له واذا أراد البائع أن يردها على المشتري بحكم ذلك الشراء فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها وان شاء تركها وحكى في كتاب الشفيع شراء المشتري أولا ثم رتب عليه الاخذ بالشفعة قال رحمه الله ﴿والوكيل بالشراء خصم ما لم يسلم الى الموكل﴾ لان الخصومة فيه من حقوق العقد وهي الى العاقد أصيلا كان أو وكيلا ولهذا لو كان البائع وكيلا كان للشفيع ان يخاصمه ويأخذها منه بحضور المشتري كما اذا كان البائع هو المالك الا انه اذا أسلمها

الى الموكل لا بد للوكيل ولا ملك له ولا يكون خصما بعده فصار كالبائع فانه يكون خصما ما لم يسلمه الى المشترى فاذا سلمها اليه لم يبق له يد ولا ملك فيخرج من أن يكون خصما غيرانه لا يشترط لحضرة حضور الموكل لان الوكيل نائب عنه والاب والوصى كالوكيل وظاهر العبارة انه خصم ما لم يسلم أقام البينة على الوكالة أولا أشهد انه اشتراها لفلان أولا وفى جامع الفتاوى عن الثانى فيمن اشترى دارا فقال عند عقد البيع اشتريتها لفلان وأشهد على ذلك ثم جاء الشفيع يطلبها وخصم الآن فقيم البينة ان فلانا وكله حينئذ لا يكون خصما فى الاصل اذا قال المشترى قبل ان يخاصم فى الشفعة اشتريت هذه لفلان وسلمها اليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينهما ولو أقر بذلك بعد ما خاصمه لم تقبل منه ولو أقام البينة لم تقبل وفى الملتقى مثل ما فى جامع الفتاوى وفى السراجية وكيل باع دارا وقبضها المشترى فوكل الشفيع البائع فى أخذها بالشفعة لم يصح وفى الكافى اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أخذها منه اذا كانت فى يده ولو سلمها الى الموكل لا يطالب ولا يأخذها منه وفى فتاوى سمرقند اذا وكل رجلا ببيع داره فباعها بالف درهم ثم حط المشترى مائة درهم وضمن ذلك الامر فليس للشفيع ان يأخذها بالشفعة الا بألف اه وفى التتارخانية لو اشترى لغيره بغير أمره فهو خصم ما لم يسلم العين ان اشتراها له فلو قال المؤلف والمشترى لغيره خصم ما لم يسلم لكان أولى لانه يشمل الفضولى والاب والوصى ويفيد أن أو كاله ليست بقيد قال رحمه الله ﴿وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان شرط المشترى البراءة منه﴾ لان الاخذ بالشفعة شراء من المشترى ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فهو من البائع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخياران كما اذا اشترى منهما ولا يسقط خياره برؤية المشترى ولا بشرط البراءة منه لان المشترى ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته فى حقه اه قال رحمه الله ﴿وان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول للمشترى﴾ لان الشفيع يدعى عليه استحقاق الاخذ عند نقد الاقل والمشترى ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشترى لا يدعى على الشفيع شيأ فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون فى معنى ما ورد به النص فامتنع القياس اه وفيه نظر من وجوه الاول قوله لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار فيه ولا دعوى الا من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض كما صرحوا به فى كتاب الدعوى الثانى قوله فامتنع القياس لا يخفى ان امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب حتى العبارة ان يقول فلا يلحق به ليعم القياس والدلالة وأطلق المؤلف رحمه الله فشمل ما اذا وقع الاختلاف قبل قبض الدراهم ونقد الثمن أو بعدهما قبل التسليم الى الشفيع أو بعده لكن فى التتارخانية اشترى دارا وقبضها ونقد الثمن ثم اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول للمشترى اه ولو قال فى بدل الدار لكان أولى لانه يشمل الثمن والعروض لانه لا فرق بينهما اذا كان ثمن الدار دراهم أو عروضا كما أشار الى ذلك فى شرح الطحاوى حيث قال اختلف الشفيع والمشترى فى قيمة العروض الذى هو بدل الدار فالقول قول المشترى وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشترى أيضا وفى المنتقى رجل اشترى دارا وقبضها فجاء الشفيع يطالب الشفعة فقال المشترى اشتريت بالفين وقال الشفيع بالف ولا بينة فحلف المشترى وأخذها الشفيع بالفين ثم قدم شفيع آخر وأقام البينة على انه اشتراها بالف فيأخذ نصف الدار بخمسمائة ويرجع الشفيع الاول على المشترى بخمسمائة نصيب حصة النصف الذى أخذه الثانى ويقال للشفيع الاول ان شئت فاعد البينة على المشترى من قبل النصف الذى فى يدك والا فلا شئ لك ولو كان لها شفيعان فقال المشترى اشتريتها بالف وصدقه الشفيع فى ذلك بالف ثم جاء الشفيع الثانى وأقام البينة انه اشتراها بخمسمائة فالشفيع الثانى يأخذ من الشفيع الاول نصفها بمائتين وخمسين ويرجع الشفيع الاول على المشترى بخمسمائة وفى العتابية اشترى دارا فجاء الشفيع وأخذها من المشترى بقوله انها بالف درهم ثم وجد بينة انه اشتراها بخمسمائة قبلت بينته ولو صدق المشترى أولا فبينته على خلاف ذلك لا تقبل اذا وقع بعد تسليم المبيع الى الشفيع قال فى الحاوى سئل على بن أحمد تنازع فى الثمن المشترى والشفيع بعد ما سلم المشترى الى الشفيع قال لا يأخذها الا برضا المشترى وان يثبت ما قاله الشفيع ثم يأخذ بذلك وفى قاضيخان اشترى دارا بالكوفة بكر حنطة بغير عينه فخاصم الشفيع الى القاضى بمرو فقضى له بالشفعة ذكر فى النوادر انه ان كان قيمة الكر فى الموضعين سواء أعطاه الشفيع الكر حيث قضى له القاضى وان كانت القيمة متفاضلة فان كان الكر فى الموضع الذى يريد الشفيع ان يعطيه أعلى القيمة عدل الى الشفيع يعطيه حيث شاء وان كان أرخص ورضى المشترى بذلك أعطاه الشفيع فى الموضع الذى يكون قيمته مثل قيمته فى موضع الشراء اه قال رحمه الله تعالى ﴿وان برهنا فللشفيع﴾ يعنى ولو أقاما فالبينة بينة الشفيع وهذا قول الامام ومحمد وقال أبو يوسف والشافعى

البينة

البينة بينة المشتري لانها أثبتت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة أولى كما اذا اختلف المشتري والبائع والوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن أو المشتري من العدو مع المالك القديم في ثمن العبد المأسور وأما البينة فالبينة بينة مثبت الزيادة فان قلت البينة انما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيأ ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق فلزم ان لا تصح بينته فضلا عن ان ترجح على بينة الشفيع كما قال أبو يوسف قلت الجواب أن المشتري وان كان مدعى عليه في الحقيقة الا انه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته اذا أقامها كالمودع اذا ادعى رد الوديعة وأقام عليه بينة على ما عرف في محله وأما الحلف فلا يجب الا على مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة ألا ترى المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن اقامة البينة عليه فانما يجب الحلف على المودع لكونه منكرا للضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه برد الوديعة ولهما ان بينة الشفيع أكثر اثباتا لانها ملزمة للمشتري وبينة المشتري ليست ملزمة للشفيع لتخييره بين الاخذ والترك ولانه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لانه أمكن ان يعمل بهما بأن ثبت العقدان فيأخذ المشتري بأيهما شاء فلا يصار الى الترجيح الا عند تعذر العمل بهما وهو نظير ما اذا اختلف المولى والعبد فقال المولى قلت لك اذا أديت الي ألفين فأنت حر وقال العبد قلت لي اذا أديت ألفا فأنت حر فأقاما البينة فالبينة بينة العبد اما لانها ملزمة أو لانه لا تنافي ويثبت التعليقان ويعتق العبد باعطاء أي المالين شاء بخلاف المسائل المستشهد بها فان كل واحدة من البينة ملزمة حتى يجبر كل منهما ولا يمكن الجمع بينهما حتى يأخذ بأيهما شاء لان العقد الثاني يكون فسخا للاول في حقهما فلما تعذر الجمع صرنا الى الترجيح بالزيادة وفيما نحن فيه لا يتعذر الجمع لانه لا ينفسخ الاول بالعقد الثاني في حق الشفيع فيأخذ بأي العقدين شاء ولهذا لو باعه المشتري من غيره كان له ان يأخذه بالبيع الثاني وان شاء بالاول وأما الوكيل مع الموكل فقد روى ابن سماعة عن محمد ان البينة بينة الموكل فلا يرد والفرق على الظاهر ان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري ولهذا يجري التحالف بينهما وأما المالك القديم مع المشتري فقد ذكر في السير ان البينة بينة المالك القديم ولا يرد ولئن سلمنا فيها العمل بالبينتين غير ممكن لان البيع الاول ينفسخ بالثاني فوجد التعارض فصرنا الى الترجيح بالزيادة فان قلت ما وجه ظهور الفسخ في الملك القديم وعدم ظهوره في حق الفسخ وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والاخراج اليه لم يكن الا بالبيع الثاني فافترقا وهذا يجب حفظه هنا ولم يذكر المؤلف والشارح الاختلاف بينهما في نفس المبيع أو البيع وفي المحيط قال المشتري اشتريت البناء ثم العرصة فلا شفعة لك في البناء وقال الشفيع اشتريتهما جميعا فالقول للشفيع مع يمينه على العلم لان المشتري يدعي عليه سقوط الشفعة بعد ما أقر بثبوت حقه بالشراء وان أقاما البينة فالبينة بينة المشتري عند الثاني وعند الثالث البينة بينة الشفيع كما مر ولو قال المشتري باع لي الارض ثم وهب لي البناء وقال الشفيع بل اشتريتهما جميعا فالقول للمشتري ويأخذ المبيع بالثمن ان شاء لانه لم يقر بشراء البناء أصلا ولو قال وهب هذا البيت بطريقه ثم باع مني بقية الدار وصدقه البائع وقال الشفيع بل اشتريت الدار كلها فالبينة بطريقه للمشتري ويأخذ الشفيع بقية الدار لانه لم يقر بالشراء في ذلك البيت أصلا اشترى دارا وقبضها فقال المشتري أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالقول للمشتري لان المشتري لم يعترف بشراء البناء والبينة للشفيع وكذا الحرث والزرع فان قال المشتري أحدثت فيها النخل أمس لم يصدق وكذا فيما لا يحدث مثله من البناء لانه ظهر كذبه بيقين ولو اشترى دارين وللشفيع ملازق فقال المشتري اشتريت دارا بعد دار فأنا شريك في الثانية وقال الشفيع بل اشتريتهما دفعة واحدة فلي فيهما الشفعة فالقول قول الشفيع لان المشتري أقر بالشراء ثم ادعى ما يسقط الشفعة فلا يقبل قوله ولو قال المشتري اشتريت الجميع وقال الشفيع بل اشتريت نصفا فصدقناه فالقول للمشتري ويأخذ الشفيع الكل أو يدع وفي النوادر عن أبي يوسف تصادق البائع والمشتري ان البيع كان فاسدا وقال الشفيع كان جائزا فالقول للشفيع كما لو اختلف المتعاقدان في الصحة والفساد القول قول مدعي الصحة وهذا اذا ادعيا الفساد بأجل مجهول أو شرط فاسد أما ان ادعيا الفساد بأن الثمن خمر أو خنزير فالقول قول مدعي الفساد وعلى قول الامام ومحمد لا تجب الشفعة اهـ وفي المنتقى لو اشتراها بألف درهم ورطل من الخمر فهو على هذا الاختلاف وفي فتاوى الفضلي رجلان تبايعا دارا فطلب الشفيع الشفعة بحضرتهما فقال البائع كان البيع بيع مواضعة وصدقه المشتري على ذلك لا يصدقان على الشفيع الا اذا كان الحال يدل عليه بان كان المنزل كبيرا ذا بيع بثمن لا يباع به مثله فحينئذ يكون القول قولهما ولا شفعة للشفيع اهـ قال رحمه

الله ﴿ولو ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع﴾ لأن الأمر إن كان كما قال البائع
فالشفيع يأخذها به وإن كان كما قال المشتري يكون حطا عن المشتري بدعواه الأقل وحط البعض يظهر في حق الشفيع كما بينا ولأن
تملك المشتري بإيجاب البائع فكان القول قوله في مقدار الثمن ما دامت مطالبته باقية فيأخذها الشفيع ولو كان ما ادعاه البائع أكثر
مما ادعاه المشتري تحالفا وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وإن فسخ القاضي العقد بينهما يأخذ
الشفيع بما يقوله البائع لأن الفسخ لا يوجب بطلان حق الشفيع ألا ترى أن الدار إذا ردت على البائع بعيب لا يبطل حقه وإن
كان الرد قضاء قال رحمه الله ﴿وإن كان قبض الثمن أخذها بما قال المشتري﴾ يعني لو كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع
بما قال المشتري إذا أثبت ذلك بالبينة أو بيمينه على ما بينا لأن البائع بالاستيفاء خرج من البين والتحق بالأجانب لانتهاء حكم
العقد فبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري والقول فيه للمشتري ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف
وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لأنه إقرار بمقدار الثمن صحيح قبل قبض الثمن
وبعده لا يصح والثمن غير مقبوض ظاهرا لأن الأصل عدم القبض فيبقى حتى يوجد ما يبطله وبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد
إبطال حق الشفيع لأنه إذا قبض الثمن يخرج من البين فيكون أجنبيا فلا يقبل إقراره بمقدار الثمن على ما بينا فلا يقبل قوله
قبضت في حق الشفيع لأنه يريد بذلك أن يجعل نفسه أجنبيا حتى لا يقبل قوله بمقداره فيرد عليه فيأخذها الشفيع بألف ولو بدأ
بقبض الثمن قبل بيان القدر بأن قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم لم يلتفت إلى قوله في مقدار الثمن لأنه لما بدأ بقبضه
أولا خرج من البين فصار أجنبيا قال في النهاية نظيره ما إذا قال الوصي استوفيت مال الميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال
الغريم بل كان علي ألفا درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي يضمن الألف ولا شيء له على الغريم ولو قال استوفيت منه ألف درهم
وهو جميع مال الميت عليه فقال الميت بل كان علي ألفا درهم وقد أوفيتك الكل فللوصي أن يرجع عليه بألف درهم أخرى لأنه
لما بين قوله في قبض الجميع صار أجنبيا فلا يقبل قوله في قبض القدر بعد ذلك ولم يبين أنه قبض الجميع لا يكون أجنبيا فيقبل
قوله في بيان القدر وفي المحيط ولو هدم رجل بناء الدار فاختلفا الشفيع والمشتري في قيمة البناء فالقول للمشتري مع يمينه ولو أقاما
بينة فالبينة للمشتري على قياس قوله وعلى قول محمد بينة الشفيع أولى ولو استحق بعض الدار أو غرق فقال المشتري هي نصفها
وقال الشفيع ثلثها فالقول للمشتري قال رحمه الله ﴿وحط البعض يظهر في حق الشفيع لا حط الكل والزيادة﴾ حتى يأخذه
بما بقي فلا يظهر حط الكل في حقه ولا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع حتى لا تلزمه الزيادة ولا يسقط عنه شيء من الثمن فيأخذه
بجميع المسمى عند العقد لأن الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقي هو الثمن ولا فرق في ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه
بالشفعة أو بعده لوجود الالتحاق في الصورتين فيرجع الشفيع على المشتري بالزيادة إن كان أوفاه الثمن ولو حط بعض الثمن بعد
تسليم الشفعة كان له أن يأخذها بالباقي لأنه تبين أن الثمن أقل فلا يصح تسليمه بخلاف حط الكل حيث لا يلتحق بأصل العقد
لأنه لو التحق به كان هبة أو بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا شفعة فيهما وكذلك الزيادة تلتحق بأصل العقد وإنما لا تظهر في حق الشفيع
لأنه استحق أخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملكان إبطاله بالزيادة فلا يتغير العقد كما لا يتغير بتجديد العقد لما يلحقه بذلك من
الضرر قال في العناية حط بعض الثمن والزيادة يستويان في باب المرابحة دون الشفعة لأن المرابحة ليس في التزام الزيادة إبطال حق
مستحق بخلاف الشفعة فإن في الزيادة إبطال حق ثبت للشفيع بأولهما وظاهر عبارة الأولى أن الحط يصح إن باشر العقد ولو وكيلا في
حالة الصحة أو المرض كان الشفيع وارثا أو لا وفي المحيط خلافه قال ولو وكل رجلا ببيع داره فباعها بألف ثم حط عن المشتري مائة درهم
وضمن ذلك للآمر ليس للشفيع أن يأخذها إلا بالألف لأن حط الوكيل لا يلتحق بأصل العقد وفيه أيضا ولو طلب الشفيع الشفعة
فسلمها المشتري إليه ثم نقد المشتري للبائع الثمن فوهب له البائع خمسة دراهم من الثمن وقد قبض المشتري من الشفيع جميع الثمن فعلم
الشفيع بالهبة فليس له أن يسترد شيئا لأن الهبة ليست بحط لأن الثمن صار عينا بالتسليم ولو وهب البائع خمس دراهم قبل قبض الثمن
كان للشفيع أن يستردها منه لأنها هبة الدين والثمن دين في ذمته ولو باع دارا بثلاثة آلاف وتقابضا فأخذها ورثة البائع بالشفعة
فحط البائع عن المشتري في مرضه ألفا فالحط باطل لأن المشتري نزل منزلة الشفيع لأن الحط يظهر في حقه فكأنه وارثه ولو حط
قبل الأخذ توقف على أخذ المشتري فإن أخذ بطل وإن ترك صح ولو لم يكن الوارث شفيعا ولكن أخذها من المشتري تولية

أو مرابحة ثم حط عن المشتري في مرض موته صح الحط ويحط المشتري عن الوارث ما حط عنه وحصته من الربح في المرابحة لأن الحط وقع في بيع الأجنبي لا حق للوارث فيه باع دارا بمائة درهم وكر حنطة فأخذها الشفيع بهما ثم حط البائع الدراهم ووجد البائع بالكر عيبا رده وأخذ مثله وللمشتري أن يعطيه الكر الذي قبضه الشفيع وإن كان المشتري ولا هذا حلا بمائة درهم وبمثل ذلك الكر فحط البائع وحط هو عن الثاني ثم وجد البائع الأول بالكر عيبا فرده رجع بقيمة الدار على المشتري الأول والفرق أن البيع وإن انفسخ برد الكر في الموضعين إلا أنه تعذر في الأول إيجاب قيمة الدار بأخذ الشفيع فوجب الكر وفي التولية لم يتعذر فأوجبنا قيمة الدار قال رحمه الله ﴿وإن اشترى دارا بعرض أو عقارا أخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثليا﴾ لأن الشفعة يملكها بمثل ما يملكها المشتري به ثم المثل لا يخلو إما أن يكون مثلا له صورة ومعنى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب أو معنى لا صورة وهو ما عدا ذلك فيعتبر ذلك المثل كما في ضمان العدوان فيأخذه به لأنه بدل لها ولهذا لو اشترى عقارا بعقار يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر وقد بينا واختلفا في قيمة العروض قال رحمه الله ﴿وبحال لو مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها﴾ يعني يأخذها الشفيع من المشتري بثمن حال إذا كان الثمن مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الأجل فيأخذها عند ذلك وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر والشافعي ومالك له ذلك لأنه يأخذ بمثل ما أخذ المشتري بصفته والأجل صفة الدين ولنا أن الأجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطا في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه ولأن الأجل حق المطلوب والدين حق الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة أو تولية لا يثبت الأجل من غير شرط ولو كان صفة له لثبت ثم إن أخذها من البائع بثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة إلى الشفيع على ما بينا ورجع البائع على الشفيع وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل وإن اختار الانتظار كان له ذلك وقوله أو يصبر عن الأخذ أما الطلب فلا بد منه في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع عنه وقال لا تبطل شفعته بالتأخير إلى حلول الأجل قال رحمه الله ﴿وبمثل الخمر وقيمة الخنزير إن كان الشفيع ذميا وبقيمتهما لو مسلما﴾ يعني إذا اشترى ذمي من ذمي عقارا بخمر أو خنزير فإن كان شفيعها ذميا أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لأن هذا البيع بهذا الثمن صحيح فيما بينهم وإذا صح رتب عليه أحكام البيع ومن جملة الأحكام وجوب الشفعة فيستحقه ذميا كان أو مسلما غير أن الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فيأخذها به لأنه من ذوات الأمثال والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعا من تمليكه وتملكه فيجب عليه قيمته كما ذكرنا في ضمان العدوان والخنزير من ذوات القيم فيجب عليهما قيمته ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام عينه لأنه قيمي فوجب أن يحرم على المسلم تمليكه بخلاف قيمة الخمر على ما عرف في موضعه لأنا نقول إنما يحرم عليه إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وأما إذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وإنما الخنزير مقدر بقيمة بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها فإن أسلم المشتري قبل الأخذ بالشفعة فإن الشفيع يأخذها بقيمة الخنزير ولو كان شفيعها مسلما وذميا أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخنزير اعتبارا للبعض بالكل ولو أسلم الذمي صار حكمه حكم المسلم من الابتداء فيأخذها بقيمة الخنزير والخمر كما إذا كان الثمن مثليا فانقطع قبل الأخذ بالشفعة فإنه يأخذها بقيمته للتعذر كذا هذا والمستأمن كالذمي في جميع ما ذكرنا من الأحكام لالتزامه أحكامنا مدة مقامه في دارنا ولا فرق بين أن يكون المشتري دارا أو بيعة أو كنيسة فإن الشفيع يأخذها بالشفعة لأن ملك الذمي فيها ثابت إذا كان يعتقد أن ملكه لا يزول عنه بيعة أو كنيسة وإن كان يعتقد أنه يزول فكذلك أيضا لأنه بالإقدام على البيع صار معتقدا الجواز والذمي إذا دان بدينا يعتد بتصرفه على مقتضى دينه وإن كان في دينهم لا يجوز ولهذا لو ترافعا إلينا نحكم بدينه والمرتد لا شفعة له وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بتقدم مرارا ولو أسلم أحد المتعاقدين والخمر غير مقبوض انتقض البيع لأن الإسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لأنها وجبت بالبيع ولا تبطل بانتقاضه كما إذا اشترى دارا بعبد فهلك العبد قبل القبض فإن البيع ينتقض بهلاكه ولكن لا تبطل الشفعة فيأخذها الشفيع بقيمة العبد فيه يكون الثمن حرا أو خنزيرا لأنه لو كان ميتة أو دما فلا شفعة لبطلان الأصل اشترى نصراني من نصراني دارا بميتة أو دم فلا شفعة للشفيع اهـ ولم يتعرض المؤلف لما إذا صار خلا ثم أسلم البائع أو المشتري ثم استحق نصف الدار وحضر الشفيع فيأخذ النصف بنصف الخل ولا يأخذ نصف الخل ثم يرجع المشتري على البائع بنصف الخل إن كان قائما وإن كان هالكا رجع عليه

نصف قيمة النخل وفي المبسوط باع المرتد دارا ثم مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب بطل البيع ولا شفعة للشفيع وفي السماق
ولو أسلم البائع قبل اللحوق بدار الحرب جاز البيع وللشفيع الشفعة ولو كان الشفيع مرتدا فمات أو قتل على الردة أو لحق بدار
الحرب فلا شفعة لورثته ولو كان المرتد لم يلحق بدار الحرب ثم بيعت الدار كان لورثته الشفعة وإن اشترى المستأمن دارا ولحق بدار
الحرب فالشفيع على شفعته حتى يلقاه وإن كان الشفيع هو الحربي ودخل دار الحرب بطلت شفعته وإن كان الشفيع مسلما أو ذميا
فدخل دار الحرب إن لم يعلم بالبيع فهو على شفعته وإن علم ودخل ولم يطلب بطلت شفعته وإن اشترى المسلم دارا في دار الحرب وشفيعها
مسلم ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع وههنا أصل تبنى عليه هذه المسائل يجب العلم به وهو أن كل حكم لا يفتقر إلى قضاء القاضي
فدار الإسلام ودار الحرب في ذلك الحكم على حد سواء وكل حكم مفتقر إلى قضاء القاضي لا يثبت ذلك في حق من كان من المسلمين
في دار الحرب بمباشرة ذلك الحكم في دار الحرب نظير الأول البيع والشراء وصحة الاستيلاد ونفوذ العتق ووجوب الصوم والصلاة
فإن هذه الأحكام كلها من أحكام المسلمين وتجري على من كان في دار الحرب من المسلمين ونظير الثاني الزنا فإن المسلم إذا زنى في دار
الحرب ثم دخل دار الإسلام لا يقام عليه الحد قال رحمه الله «وبقيمة البناء والغرس لو بنى المشتري أو غرس أو كلف قلعهما» يعني إذا
بنى المشتري أو غرس في الأرض المشفوعة ثم قضي للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا
وإن شاء كلف المشتري قلعه فيأخذ الأرض فارغة وعن أبي يوسف أنه لا يكلف بالقلع ولكنه بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة
البناء والغرس مقلوعا وإن شاء ترك وبه قال الإمام الشافعي ومالك لأنه ليس متعديا في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل
بأحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا عند الإمام وكما إذا زرعها المشتري فإن كل واحد منهم لا يكلف بالقلع
لتصرفه في ملكه وهذا لأن ضرر الشفيع بإلزام قيمة البناء والغرس أهون من ضرر المشتري بالقلع لأن الشفيع يحصل له بمقابلة الثمن
عوض وهو البناء والغرس فلا يعد ضررا ولم يحصل للمشتري بمقابلة القلع شيء فكان الأول أهون فكان أولى بالتحمل ووجه ظاهر
الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط منه فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون ولهذا ينقض جميع
تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة بخلاف الموهوب على قول أبي حنيفة والمشتري شراء فاسدا لأنه فعل بتسليط من
المالك ولهذا لا ينقض تصرفهما وفي الزرع القياس أن يقلع إلا أنا استحسنا وقلنا لا يقلع لأن له نهاية وليس على الشفيع كثير ضرر
بالتأخير لأنه يترك بأجرته فإن قلت الاسترداد عندهما بعد البناء فإن جواز الاسترداد ينافي أنه لا يكلف القلع بل يقتضي القلع كما في
الشفيع قلت يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما
أفصح به صاحب غاية البيان وهذا بعيد والأوجه أن يقال إن لأبي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد القول المذكور والثاني كما قال
الإمام ذكره في الإيضاح وقيد بما ذكر احترازا عن الزخرفة وفي قاضيخان ولو اشترى الرجل دارا وزخرفها بالنقوش بشيء كثير كان
للشفيع الخيار إن شاء أخذها وأعطاه ما زاد فيها وإن شاء ترك اهـ قال في المحيط لأن نقض صفته لا يمكن وفيه نظر لأن المشتري إذا بنى
على الدار المشفوعة كان للشفيع أن ينقض البناء ويأخذ الدار ويعطيه ما زاد فيها وأجيب بأن البناء إذا قلع له قيمة في الجملة بخلاف
الزخرفة قوله أو بنى أو غرس مثال وليس بقيد لما في المحيط ولو أن المشتري زرعها رطبة أو كرما يؤمر بقلعه كالبناء قال رحمه الله «وإن
فعلهما الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط» يعني أن الشفيع إذا أخذ الأرض بالشفعة فبنى أو غرس ثم استحقت فكلف المستحق
الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري إن أخذها منه أو على البائع إن أخذها منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء
والغرس وعن أبي يوسف أنه يرجع بذلك كالمشتري والفرق بينه وبين المشتري أن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من
جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري ولا البائع لأن الشفيع أخذها منه جبرا ونظيره الجارية المأسورة إذا استردها
المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها أو بالثمن فاستولدها ثم استحقت من يده وضمن قيمة الولد رجع عليه بما دفع له من
القيمة أو الثمن ولا يرجع بقيمة الولد لأنه لم يغره بخلاف ما لو كان مشتريا حيث يرجع بهما على البائع لأنه مغرور من جهته قال رحمه
الله «وبكل الثمن إن خربت الدار أو جف الشجر» يعني لو اشترى أرضا فيها بناء أو غرس فانهدم البناء من غير صنع أحد
يأخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شيء لأنهما تابعان للأرض يدخلان في بيعها من غير ذكر ولا يقابلهما شيء من الثمن
ولهذا يبيعها في هذه الحالة مرابحة من غير بيان بخلاف ما إذا تلف بعض الأرض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لأن الغالب

بعض الاصل هذا اذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شيء من حطب أو خشب وأما اذا بقي شيء من ذلك وأخذه المشتري فلابد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لانه عين مال قائم بقي عند المشتري فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ قيد بقوله جف الشجر ليخرج الثمر اذا هلك من غير صنع قال في النهاية ولو هلك الثمر من غير صنع أحد ولم يبق منه شيء سقط حصته من الثمن بخلاف البناء وسيأتي ما يخالفه قال رحمه الله ﴿وبحصة العرصة ان نقض المشتري البناء﴾ يعني يأخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن ان نقض المشتري البناء لانه صار مقصودا بالاتلاف ويقابله شيء من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد ونقض الاجنبي البناء كنقض المشتري وفي التتارخانية لو لم يهدم المشتري البناء ولكن باعه من غيره من غير ارضه ثم حضر الشفيع فله ان ينقض البيع ويأخذ الكل وكذا النبات والنخل قال رحمه الله ﴿والنقض له﴾ يعني النقض للمشتري لان الشفيع انما كان يأخذه باعتبار التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال قال رحمه الله ﴿وبثمرها ان ابتاع أرضا ونخلا وثمرا أو أثمر في يده﴾ يعني يأخذها الشفيع مع ثمرها ان كان المشتري اشترى الارض مع الثمر بأن شرطه في البيع أو أثمر عند المشتري بعد الشراء لان الثمر لا يدخل في البيع الا بالشرط بخلاف النخل والقياس ان لا يكون له أخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها وجه الاستحسان أن الاتصال خلقة صار تبعا من وجه ولا يقوله من المبيع فيسري اليه الحق الثابت في الاصل كالمبيعة اذا ولدت قبل القبض فان المشتري يملك الولد تبعا للام كذا هنا وفي الخانية لو اشترى قرية فيها أشجار ونخل فقطع المشتري بعض الاشجار وهدم بعض البناء فحضر الشفيع يأخذ الارض وما لم يقطع من الاشجار وما لم يهدم من البناء وليس له أن يأخذها الشفعة ويقسم الثمن على قيمة البناء والارض فما أصاب البناء سقط وما أصاب العرصة يأخذها به ويتقص بناء المشتري الذي أحدثه وهذا القول ظاهر الرواية قال رحمه الله ﴿وان جده المشتري سقط حصته من الثمن﴾ يعني في الفصل الاول وهو ما اشتراها مع ثمرها بالشرط وكان له فيسقط من الثمن بحصته وان هلك بآفة سماوية فكذلك لانه لما دخل في البيع صار أصلا فيسقط حصته من الثمن لفواته وأما في الاصل الثاني فيأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمن لم يكن موجودا عند العقد فلا يقابله شيء من الثمن وكان أبو يوسف يقول أولا انه يحط من الثمن في الفصل الثاني لان حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل القبض ولو أكل البائع الثمر الحادث بعد القبض سقط حصته من الثمن فكذا هنا ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب من انه لا يسقط شيء من الثمن لان الشفيع يأخذ ما قام على المشتري وهو قائم عليه المبيع بدون الثمر بجميع الثمن بخلاف ما اذا كانت موجودة عند العقد لانه دخل في البيع قصدا وبخلاف الحادث عند البائع قبل القبض لانه حدث على ملك المشتري فيكون له حصة من الثمن بالاستهلاك وليس للشفيع ان يأخذ الثمر بعد الجداد في الفصلين لزوال التبعية بالانفصال قبل الاخذ والله تعالى أعلم

﴿باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب﴾

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال أوقع في النفس كذا في العناية قال رحمه الله ﴿انما تجب الشفعة في عقار ملك بعوض هو مال﴾ قوله في عقار يتناول ما يقسم وما لا يقسم وقال الشافعي لا تجب فيما لا يقسم كالبئر والرحا والحمام والنهر والطريق وهذا مبني على أصل عنده وهو ان الشفعة تجب لدفع ضرر أجرة القسام عنده وعندنا لدفع ضرر سوء العشرة واحترز بقوله بعوض عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله هو مال عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم عمد والعتق فان الشفعة لا تجب في هذه الاشياء على ما نبينه قريبا والعقار لغة الضيعة وقيل ماله أصل من دار وضيعة نقله الامام المطرزي ونقل الشراح عقار كل ماله أصل من دار وضيعة اهـ فهو مطابق للتفسير الثاني ونقل الجوهري في فصل العين من باب الراء العقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار ولا عقار والجمع ضياع وفي فصل الضاد من باب العين الضيعة العقار اهـ وفي كلامه اختلال لانه فسر العقار أولا بما يشمل الاقسام الثلاثة الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كذا في المحيط ويدخل في الحمام ما كان مركبا في بنائه دون المنفصل كالقصعة ويدخل في الرحا الحجر الاسفل دون الاعلى لانه مبني في الارض ولو اشترى أجمة فيها قصب وسمك يوجد بلا صيد استحق الاجمة والقصب بالشفعة دون السمك لانه منقول والقصب يثبت في الارض وفي التتارخانية وانما تجب في الاراضي التي تملك رقابها حتى

لا تجب في الأراضي التي حازها الإمام للمسلمين يدفعها مزارعة وإنما تجب لحق الملك في الأراضي حتى لو بيعت دار بجنبها دار الوقف فلا شفعة للواقف ولا للمتولي لعدم الملك كذا في المحيط وغيره وفي السراجية رجل له دار في أرض الوقف فلا شفعة له ولو باع هو عمارته فلا شفعة لجاره وفي التجريد ولو جعل داره مسجدا أو أفرزه وجعل بابه إلى الطريق ثم بيعت دار إلى جنب المسجد لم يكن للواقف ولا للمتولي شفعة لعدم الملك وفي المحيط وغيره ما لا يجوز بيعه في العقارات كالأوقاف والحانوت المسبل فلا شفعة في ذلك عند من يرى جواز الوقف وفي المبسوط لو اشترى أرضا فيها شجر صغار فأثمرت أو ديها أو زرع فأدرك فللشفيع أن يأخذ ذلك بجميع الثمر لاتصاله بالأرض اهـ قال رحمه الله ﴿ولا في عرض وفلك﴾ يعني لا تجب الشفعة في عرض وفلك وقال مالك تجب في السفينة لأنها تسكن كالعقار ولنا ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا شفعة إلا في ربع أو حائط ولأن الأخذ بالشفعة ثبت على خلاف القياس فلا يجوز إلحاق المنقول به لأنه ليس في معنى العقار وهذا الاستدلال فيه شيء فإن ظاهره حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن فيرد عليه أن مقتضى الحصر أن لا تثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتمسك به قلت يمكن حمل القصر على القصر الإضافي دون الحقيقي فالقصر بالنسبة إليهما إلا بالنسبة إلى جميع ما عداهما فتأمل قال في العناية الربع الدار والحائط البستان وأصله ما أحاط به اهـ قال رحمه الله ﴿وبناء ونخل بيعا بلا عرصة﴾ لأنهما منقولان ولا تجب فيهما إذا بيعا بلا أرض وإن بيعا معها تجب فيها الشفعة تبعا لها بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة على أنه مجاور وذلك إذا لم يكن طريقه غير طريق السفل وإن كان طريقهما واحدا يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط في الحقوق قال رحمه الله ﴿ودار جعلت مهرا أو أجرة أو بدل خلع أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق أو وهبت بلا عوض مشروط﴾ لأن الشارع لم يشرع التملك بالشفعة إلا بما ملك به المشتري صورة ومعنى أو معنى بلا صورة ولا يمكن ذلك إذا ملك العقار بهذه الأشياء لأنها ليست بأموال ولا مثل لها حتى يأخذها الشفيع بمثلها فلم يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما ملك به المشتري فلم يكن مشروعا وقال الإمام الشافعي تجب فيهما الشفعة فيأخذها بقيمتها عند تعذر الأخذ بمثلها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الأخذ بلا عوض إذ هو غير مشروع ولنا ما تقدم ولأن الشفيع يتملك بما يملك به المشتري من السبب لا بسبب آخر وههنا لو أخذه كان يأخذه بسبب آخر ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهرا لم يكن فيها الشفعة لأنه تعين مهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر المثل أو بالمسمى عند العقد أو بعده حيث تجب فيه الشفعة لأنه مبادلة مال بمال لأن ما أعطاه من العقار بدل عما في ذمته من المهر ولو تزوجها على دار على أن يرد عليه ألف درهم فلا شفعة في جميع الدار عند الإمام وقالا تجب الشفعة في حصة الألف لأنه مبادلة مال بمال في حقه وهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح وهو يتناول معنى البيع فيه مانع فلا شفعة في الأصل فكذا في المبيع ألا ترى أن المضارب إذا كان رأس ماله ألفا فاشترى وربح ألفا ثم اشترى بالألفين دارا إلى جوار رب المال ثم باعها بألفين فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب بعد الرأس المال لأن المضارب وكيل في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة وكذا في حق المضارب وهو التبع كذا في العتابية قوله جعلت الدار مهرا مثال قال في العناية ولو قال صالحتك على أن تجعل هذه الدار مهرا لك وأعطيتك هذه الدار مهرا فلا شفعة للشفيع فيها وقوله جعلت مهرا احتراز عن البيع ولو باعها دارا بمهر مثلها أو صالحها على دار أو صالحها من دعوى حق على دار ففيهما الشفعة والقول قول المصالح في قيمة ذلك أو في قدره وفي السراجية صالح في دار ادعاه على مائة درهم وهو جاحد لا شفعة فيها فإن أقام الشفيع البينة أنها للمدعي فله الشفعة وفي شرح الطحاوي رجل تزوج امرأة ولم يسم مهرا ثم دفع لها دارا مهرا فهو على وجهين إن قال الزوج جعلتها مهرك فلا شفعة فيها وإن قال جعلتها بمهرك ففيها الشفعة وفي المحيط لو خلع امرأته على دار على أن ترد عليه ألفا فهو كما لو تزوج على دار على أن يرد عليها ألفا كما تقدم وفيه أيضا أسلم دار الرجل في مائة قفيز حنطة واستلم الدار فللشفيع أخذها بالشفعة ولو افترقا قبل أن يقبض الدار بطل السلم ولا شفعة للشفيع اهـ وفي العتابية لا شفعة في دار هي بدل عن سكنى دار وخدمة عبد وقيد بقوله عن دم عمد احترازا عن الخطأ قال في المبسوط ولو كان عن جناية خطأ تجب الشفعة ولو صالح بها عن جنايتين إحداهما عمد والأخرى خطأ فلا شفعة فيها على قول الإمام وعندهما تجب فيها الشفعة فيما يخص جناية الخطأ ولو صالح عن كفالة رجل بنفسه على دار فلا شفعة فيها لأن هذا صلح باطل اهـ قيد بقوله بلا عوض مشروط لأنه لو شرط في العقد تجب

الشفعة في الخانية وهب دارا من انسان بشرط أن يعوضه كذا فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا وبعد التقابض تجب الشفعة بمثل العوض ان كان مثليا والا فبقيمته ان كان قيميا وفي السغناقي وهب له عقارا من غير عوض مشروط في العقد ثم عوضه عن الدار دارا فلا شفعة في الهبة ولا في العوض وفي الاصل لو وهب شقصا مسمى في دار غير محوز ولا مقسوم على أن يعوضه كذا فهو باطل ولا شفعة للشفيع والجواب في الصدقة بالعوض والعطية نظير الجواب في الهبة وأما الوصية على هذا الشرط اذا قبل الموصى له ثم مات فانه تجب فيه الشفعة قال في الكتاب اذا قال أوصيت بداري لفلان بألف درهم فقال الموصى له قبلت ثبت للشفيع الشفعة وان قال أوصيت أن يوهب له على عوض ألف درهم فهو مثل الهبة بالشرط وان ادعى حقا على انسان وصالحه المدعى عليه على الدار فللشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة كان الصلح عن اقرار أو انكار وفي الفتاوى العتابية والقول للمدعي في مقدار الدين في حق الشفيع وكذا لو صالحه عن عيب على دار بعد القبض فالقول للمصالح في نقصان العيب ولو ادعى دارا في يد رجل وصالحه المدعى عليه على أن يعطيه المدعي دراهم وترك الدار ينظر ان كان الصلح عن انكار فلا شفعة للشفيع اهـ قال رحمه الله ﴿وان بيعت بخيار البائع﴾ لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لان شرط وجوبها الخروج عن ملكه فاذا أسقط الخيار أو سقط الخيار عنه وجبت الشفعة لزوال المانع عن الزوال ولان البيع انما صار سببا للافادة الحكم في ذلك الوقت ووجوب الشفعة تبنى على انقطاع حق المالك بالبيع وهو ينقطع حينئذ وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة اما عندهما فظاهر لان المشتري يملكها واما عنده فلخروجه عن ملك البائع ألا ترى أن البائع اذا أقر بالبيع وأنكر المشتري تجب الشفعة فاذا أخذها الشفيع في الثالث لزم البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت الا بالشرط وهو كان للمشتري دون الشفيع واذا بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما كان له الاخذ بالشفعة لان البائع لم يخرج المبيع عن ملكه اذا كان الخيار له ويلزم البيع لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع وكذلك المشتري عندهما ان كان الخيار له لان المبيع دخل في ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للبيع فيصير اجازة وتملك به المبيع ولانه صار أحق به من غيره وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كالمأذون له والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما وكذا اذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها كان له أن يأخذها بالشفعة لان ملكه فيها ثابت واذا أخذ المشفوعة لم يسقط خياره لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فبدلالته أولى فاذا حضر شفيع الاولى وهي التي اشتراها المشتري كان له أن يأخذها بالشفعة لانه أولى بها من المشتري وليس له أن يأخذ الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة اذا لم تكن متصلة بملكه لانعدام سبب الشفعة في حقه واتصاله لا يفيد لعدم ملكه فيها وقت بيع الاخرى وان كانت متصلة بملكه كان له أن يشاركه فيها بالشفعة فاذا جاء الشفيع الاول بعدما أخذ المشتري الثاني بالشفعة كان هذا الذي جاء أن يأخذها بالشفعة وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة وفي البحر بعد ولو كان المشتري شرط الخيار لغيره فأجاز وهو شفيعها فله الشفعة ولو باع عقارا وشرط الخيار لغيره فأمضى ذلك الغير البيع وهو شفيعها فلا شفعة له وفي الفتاوى ولو باعه بخيار ثلاثة أيام ثم زاده ثلاثة أخرى يأخذها الشفيع اذا انقضت المدة الاولى قال رحمه الله ﴿أو بيعت فاسدا ما لم يسقط حق الفسخ بشيء يسقطه كالبناء﴾ لان البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري ولا يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه وبعد القبض وان كان يفيده لكن حق البائع باق فيها ألا ترى انه واجب الدفع لدفع الفساد ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيه وفي اثبات الحق له تقريره ولا يجوز واذا سقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة فتجب وقوله بالبناء مثال لانه ينقطع حق البائع باخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع أو غيره على ما تقرر في البيع الفاسد فاذا أخرجه عن ملكه بالبيع كان للشفيع أن يأخذها بأي البيعين شاء ان أخذها بالبيع الاول أخذها بالقيمة وان أخذها بالبيع الثاني أخذها بالثمن لان البيع الثاني صحيح واذا أخرجها عن ملكه بالهبة أو جعلها مهرا وغير ذلك نقض تصرفه وأخذ بقيمته لما ذكرنا واذا بيعت دار بجنبها قبل القبض فللبائع الشفعة في المبيع لبقاء ملكه فيها وان سلمها بعد الحكم له لا تبطل فاذا بيعت بعد القبض فلم يستردها البائع منه قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لخروجها عن ملكه قبل الاخذ وصار كما اذا باعها قبله واذا استردها بعد الحكم له بقيت على ملكه لما ذكرنا وقيد بقوله بيعت فاسدا ليفيد ان الفساد قارن العقد واستمر بعده قيد به لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة على حاله كذا في العناية واعترض على هذا بانه لم لا يجوز أن لا يثبت الفسخ في حق الشفيع كي لا يلزم تقرير الفساد واذا ثبت في حق المشتري كما قلنا في خيار الشرط لا يثبت في حق الشفيع وان ثبت في حق المشتري وأجيب

ان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض ولو أسقط العوض فهو بيع بلا عوض وهو فاسد أيضا والخيار ثبت لمعنى خارج عن العوضين ولو أسقطنا الخيار فهو بيع بلا خيار وهو مشروع قال رحمه الله ﴿أو قسمت بين الشركاء﴾ يعني لو قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه قال في العناية ولأنها لو وجبت لوجبت للقاسم لكونه جارا بعد استحقاق الشفعة وهو غير صحيح لان سبب الافراز وهو متأخر وهو لا بد أن يكون متقدما على زوال الملك القائم كما تقدم وكونه جارا أمر متأخر وقول صاحب غاية البيان ولأنها لو وجبت لوجبت للقاسم لانه شريك والشريك أولى من الجار فيه نظر لانه شريك قبل القسمة لا بعدها والكلام فيما بعدها قال رحمه الله ﴿أو سلمت شفعته ثم ردت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء﴾ يعني اذا أسلم الشفيع الشفعة ثم ردت الى البائع بخيار رؤية أو شرط كيفما كان أو بعيب بقضاء القاضي لا تجب الشفعة فيها لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن أن يجعل عقدا جديدا فعاد اليه قديم ملكه والشفعة تجب في الانشاء لا في الاستمرار والبقاء على ما كان ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية بالجر معناه لا شفعة في الرد بخيار رؤية وليس معناه ان خيار الرؤية لا يثبت في القسمة لان المذكور في كتاب القسمة ان خيار الرؤية يثبت في القسمة وخيار الشرط أيضا لان موجبهما الخلل في الرضا بالعقد الذي لا ينعقد لازما الا بالرضا والقسمة منه لما فيها من معنى المبادلة والمبادلة أغلب في غير المكيلي والوزني فيجوز فيه خيار الرؤية والشرط ولا يجوز في المكيل والموزون لان الافراز فيهما هو الغالب وقال في الكافي وصحح شمس الائمة السرخسي ان خيار الرؤية لا يثبت في القسمة سواء كانت بقضاء أو رضا قاله المشايخ وقلنا لا فرق بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده كذا في العناية ولا عبرة بقول من قال المراد بعد القبض لانه لو كان هذا مرادا كان مناقضا لقولهم في غير هذا المحل ولا فرق بين أن يكون قبل القبض أو بعده كذا في العناية اهـ قال رحمه الله ﴿وتجب لو ردت بلا قضاء أو تقايلا﴾ يعني تجب الشفعة ان ردها المشتري بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع وقال زفر لا تجب لان شفعته بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة فسخ لقصدهما ذلك والعبرة بقصد العاقدين قلنا الاقالة سبب لذلك بتراضيهما كالبيع غير انهما قصدا الفسخ فيصح فيما لا يتضمن ابطال حق الغير لان لهما ولاية على أنفسهما فيكون فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعا جديدا في حق الشفيع فيتجدد له به حق الشفعة قال الشارح قال صاحب الهداية ومراده بالرد بالعيب الرد بعد القبض قال رحمه الله وهذا انما يستقيم على قول محمد لان بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز كما في المنقول وأما على قولهما يجوز بيعه قبل القبض فلا يفيد القيد المذكور والله أعلم

﴿باب ما يبطل به الشفعة﴾

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة وجوده ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة قال رحمه الله ﴿ويبطل بترك المواثبة أو التقرير﴾ حين علم مع القدرة عليه بان لم يمنعه أحد ولم يكن في الصلاة لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين أو أحدهما مع القدرة اعراض على ما تقدم والاصل في هذا الباب ان تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح وان من ثبت له الحق اذا أسقطه بعد ثبوته له سقط علم بثبوته له أو لم يعلم وتعبير المؤلف بترك الطلب أولى من تعبير صاحب الهداية بترك الاشهاد لانه يرد على صاحب الهداية ان الاشهاد ليس بشرط وترك ما ليس شرطا في الشيء لا يبطله وفي المحيط لو سلم الشفعة الوكيل صح وسقطت ويصح تعليق الاسقاط بشرط ولو قال سلمت لك ان اشتريت لنفسك لم يبطل اذا كان اشتراها لغيره ولو قال لاجنبي سلمت شفعة هذه أسقطت شفعته لانه سلم مطلقا فصرفناه الى المشتري حملا لكلام العاقل على الصحة ولو قال سلمت لك لا يصح لان الاجنبي بمعزل عن هذا العقد ولو قال له أجنبي سلم للمشتري فقال سلمت لك صح استحسانا كانه قال سلمت الشفعة للمشتري لشفاعتك قال رحمه الله ﴿وبالصلح عن شفعته على عوض وعليه رده﴾ يعني يبطل الشفعة اذا صالح المشتري الشفيع على عوض وعلى الشفيع رد العوض لان حق الشفيع ليس بمتقرر في المحل وانما هو مجرد حق التملك فلا يجوز أخذ العوض عنه ولا يتعلق اسقاطه الجائز من الشرط فيما اذا قال الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط حصتك فيما اشتريت أو على أن لا تطلب الثمن مني لكونه ملائما حتى لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما ومع هذا لا يتعلق اسقاط الشفعة بهذا الشرط بل يسقط بمجرد قوله

أنه يستحق الشرط أولا يستحق فأولى أن لا يتعلق بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال بل هو رشوة محضة
فيصح الاسقاط ويبطل الشرط وكذا اذا باع شفعته بمال لما بينا بخلاف ما اذا قال للمخيرة اختاري بألف أو قال العنين
لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت المال والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى
لا تبطل الكفالة ولا يجب المال قال في شرح الجامع الكبير اذا لم يجب العوض يجب أن لا تبطل شفعته كالكفالة والفرق أن
حق الشفيع فيه بعوض بمعنى هو الثمن مثله والمكفول له لم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض معنى
فإن الثمن مثله عوض أيضا فلا يسقط حقه في الكفالة اهـ قال الشارح والاصح أن الكفالة والشفعة يبطلان ولا يجب المال قيد
بقوله صالح عن شفعته لانه لو صالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن يجوز ولو صالح على أخذ بيت بحصته من الثمن لا يجوز الصلح
ولا تبطل شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض عن الأخذ لأن الثمن مجهول وتلزم الجهالة له في حصة المبيع ابتداء والأخذ بالشفعة بيع وفي
المبسوط سلم الشفيع المشتري أو سأله أن يوليه إياها بذلك الثمن فقال نعم فهو تسليم منه اهـ وفي المحيط وهذه على ثلاثة أوجه أحدها
ما ذكره المؤلف الثاني أن يصالح على أن يأخذ نصف الدار بنصف الثمن أو ثلث الدار بثلث الثمن فانه جائز لانه أخذ بعوض معلوم
بثمن معلوم المسئلة الثالثة أن يأخذ بعضها بغير معلوم وشيأ معلوما فيبطل الصلح ولا تبطل شفعته لأن هذا لا يدل على الاعراض وفي
الجامع صالح الأجنبي أن يسلم الشفعة على مال بطلت الشفعة بلا مال فان قال الصالح على أن تكون الشفعة لي لم تبطل الشفعة لانه لم
يسقط حقه بل أقام الأجنبي مقام نفسه في طلب الشفعة وفي ابن رستم لو استأجر الشفيع الدار أو أخذها منه مزارعة أو معاملة
مع علمه بالشراء بطلت شفعته اهـ والله تعالى أعلم قال رحمه الله ﴿وبموت الشفيع لا المشتري﴾ أي بموت الشفيع قبل الأخذ
بعد الطلب أو قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت المشتري وقال الامام الشافعي لا تبطل بموت الشفيع أيضا لانه حق معتبر
كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك وانه مجرد رأي وهو الصفقة فلا يورث عنه بخلاف القصاص لأن من
عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ولهذا جاز له أخذ العوض عنه وملك العين يبقى بعد الموت فيمكن ارثه بخلاف الشفعة لانه
مجرد رأي ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها ولأن ملك الشفيع فيما يأخذ به الشفعة يشترط أن يكون باقيا من وقت البيع الى وقت الأخذ
بالشفعة ولم يوجد في حق الميت وقت الأخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لانه لا يستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا ملك
بعد الأخذ وانما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه وانما حصل الانتقال الى الوارث فصار كما اذا انتقل الى
غيره فيأخذها فيه بما قاله ولما قال الأخذ في الغاية اذا مات بعد قضاء القاضي له بالشفعة أو سلم المشتري الدار له فهي لورثته يأخذونها
ولا تباع الدار في دين المشتري لأن حق الشفيع مقدم على حق المشتري فان باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فللشفيع أن ينقضه كما
لو باعها المشتري في حياته لا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقض لأن قضاءه مخالف للاجماع اهـ قال رحمه الله ﴿وبيع ما يشفع
به قبل القضاء بالشفعة﴾ يعني تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الأخذ بالشفعة لأن سبب استحقاقه يزول قبل القضاء
بالشفعة ولا فرق بين أن يكون عالما وقت بيع الدار بشراء المشفوعة أو لم يكن عالما وكذا ابراء الغريم لان كل ذلك اسقاط فلا يتوقف
على العلم كالطلاق والعتاق ألا ترى أنه لا يرتد برد المشتري ولو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته ولو اشتراها الشفيع من
المشتري بطلت شفعته لانه بالاقدام على الشراء أعرض عن الشفعة ولمن هو بعده من الشفعاء ومثله أن يأخذها منه بالشفعة بالعقد
الأول وان شاء بالثاني لأنه يأخذ بما اذا اشتراها ابتداء من غير أن يثبت له فيه حق الأخذ لأن شراءها هنالك لم يتضمن اعراضا اهـ قال
رحمه الله ﴿ولا شفعة لمن باع أو بيع له﴾ يعني بيع له بالوكالة الاصل فيه أن من باع أو بيع له فلا شفعة له ومن اشترى أو اشتري له
كان له الشفعة لان الأخذ بالشفعة في الأول يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو البيع لان البيع تمليك والأخذ تملك وبينهما منافاة
وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقرير لان الأخذ بالشفعة مثل الشراء ولا فرق بين أن يكون ذلك بطريق الاصالة أو الوكالة حتى
لا يكون له الشفعة في الأول ولا لموكله وفي الثاني هما له ولو باع المضارب أو العبد المأذون العقار ليس للمولى ولا لرب المال الأخذ
بالشفعة ولو اشتراها كان لرب المال الشفعة لما ذكرنا وكذا المولى ان كان على العبد دين وان لم يكن عليه دين فلا يتصور الأخذ لانه
ملكه والحيلة فيه أن يشتريه الفضولي كالموكل لما عرف وفائدة قوله من المشتري لا تبطل شفعته ان شارك غيره من الشفعاء ان لم
يتقدموا عليه وان تقدم هو على من هو بعده من الشفعاء فهي تسلم له عند ترك غيره من الشفعاء والبائع ليس له أن يطلب المبيع

بالشفعة في دار أخرى غيرها بطريق الأولى لأنه لما بان رغبته عنها والأخذ رغبة فيها فتنافيا باختلاف المشتري وفي التجريد ومن باع دراهم
وهو شفيعها فله الشفعة اهـ والظاهر أنه من اشترى دارا ولا يخفى أن قوله ولا شفعة لمن باع متكرر مع قوله وبيع ما شفع كما تقدم
قال رحمه الله ﴿ولو شرط البائع الخيار لثالث فأجاز فهو كالبائع﴾ فإن كان المشتري هو الذي فعل ذلك فأجاز فهو كالمشتري وقد
بيناه قال رحمه الله ﴿أو ضمن الدرك عن البائع﴾ يعني إذا ضمن الشفيع الدرك عن البائع فلا شفعة له لأن تمام المبيع إنما
كان من جهته فليس له أن ينقض ما تم من جهته وقد بيناه قال رحمه الله ﴿ومن ابتاع أو ابتيع له فله الشفعة﴾ وقد بينا وجهه فيما
تقدم وفي فتاوى الفضلي الوكيل بشراء الدار إذا قبض الدار وهي في يده يطلب الشفيع منه ويأخذها منه فإن كان سلم الدار إلى
الموكل يطلب من الموكل ويأخذه منه لا يطلب من الشفيع وفي جامع الفتاوى اشترى الوكيل فحضر الشفيع يأخذها من الوكيل
ولا يلتفت إلى حضرة الموكل ولو كان وكيلا بالبيع فباع فحضر الشفيع يأخذها من الشفيع وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى الوكيل
بالشراء لا يملك الأخذ اهـ وفي الجامع دار لها شفيعان قال المشتري لأحدهما اشتريت الدار لك فصدقه لا يبطل حقه وإن أقر بعد
ذلك أنه لم يأمره لأنا تيقنا ثبوت الشفعة له بالشراء سواء اشترى المشتري الدار لنفسه أو اشتراها للمقر له بأمره لأن من اشترى أو اشتري
له كان له الشفعة ولم يوجد منه ما يبطلها إلا أن تملكه الدار بالشراء طلب منه للشفعة وزيادة لأن من يطلب الشفعة يتملك الدار بالشفعة
في الطلب الثاني فإذا ملكها للحال فهو ذلك منه بتمام الطلب والزيادة ولو قال المشتري هذه الدار كانت لك ولم تكن لي ولا
للبائع أو قال كنت اشتريتها قبل أو قال البائع وهبتها لك فصدقه بطلت شفعته ولو لم يصدقه على ذلك فللشفيع الآخر أن يأخذ
كلها بالشفعة لأن الشراء قد صح من حيث الظاهر وثبتت الشفعة للشفيعين بعدما ثبتت لهما من حيث الظاهر فبطل حق المصدق
لتصديقه ولم يبطل حق المكذب لأنهما يصدقان عليه وفي النوادر ولو أقر الشفيع قبل القضاء له بالشفعة أن هذه الدار لفلان الغائب
وأنه لم يأمره بالبيع وقال المشتري بل هو للبائع لم تبطل شفعته وكذلك لو قال البائع وكلني صاحبها بالبيع وقال الشفيع لم يأمره
صاحبها بالبيع فله الشفعة لأن قول الشفيع لا يصدق في حق المتبايعين فكان البيع محكوما بصحته في حقه فجاز للشفيع أن
يطالب بحقوقه وكذلك لو ادعى هذه الدار رجل فشهد له هذا الشفيع ولم يعدل ثم باعها ذو اليد فللشفيع أن يأخذها بالشفعة ذكره
ابن سماعة ولو قال الشفيع هذه الدار لي فإن أقمت البينة وإلا أخذتها بالشفعة فلا شفعة لأنه ادعى ملكها والشفعة للتملك ويمتنع أن
يملك ما هو على ملكه والشفعة حقه فلا يجوز أن يتملك بالعوض ما هو على ملكه ذكره ابن سماعة عن أبي يوسف وفي المسائل المتقدمة
اعترف بكون الشيء على ملك غيره فجاز أن يتملكه بعوض هذا إذا علم أنه وكيل بالشراء وقد قدمنا حكمه وأما إذا لم يعلم ذلك إلا بقوله
وأنكر الشفيع الوكالة فهو خصم ولا فائدة في هذه الخصومة لأنا لو علمنا الوكالة كان خصما لأن حقوق العقد تتعلق به فكذا إذا لم
تكن معلومة ولو قال المشتري قبل أن يخاصمه الشفيع اشتريت لفلان وسلم ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشتري لأن
إقراره قبل الخصومة لفلان صحيح كما لو كانت الوكالة معلومة ولو أقر بذلك بعدما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه لأنه صار
خصما للشفيع وهو بهذا الإقرار يريد إسقاط حقه فلا يملكه ولو أقام بينة أنه قال قبل شرائه أنه وكيل فلان لم تقبل بينته لأنه يدفع
بهذه البينة الخصومة عن نفسه وروي عن محمد أنه تقبل بينته لدفع الخصومة حتى يحضر المقر له والوكيل بطلب الشفعة خصم
لأن الأخذ بالشفعة يتضمن الشراء والخصومة والوكيل بهما جائز إلا عند أبي حنيفة لأنه لا يصح إلا برضا الخصم وعندهما جائز بغير
رضا الخصم ولو طلب وكيل الشفيع فقال المشتري قد سلم الشفيع لا يقبل قوله وكذلك لو أراد يمينه أنه لم يفرط في طلب الشفعة ولكن
يؤمر بتسليم الدار إلى الوكيل ثم يتبع الموكل ويستحلفه وصار كالوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون الإبراء من الموكل فإنه يؤمر
بدفع الدين للوكيل ثم يتبع الموكل ويستحلفه على ذلك ولو سلم الوكيل الشفعة أو أقر بالتسليم عند القاضي جاز تسليمه لأن من
ملك الأخذ بالشفعة ملك التسليم كما في الأب والوصي ولا يجوز عند غير القاضي عندهما وقال أبو يوسف يجوز بناء على أن الوكيل
إذا أقر على موكله بالتسليم في غير مجلس الحاكم يقبل لما يأتي في الوكالة الدار شفيعان فوكلا رجلا فقال سلمت شفعة أحدهما ولم يبين
أيهما هو وقال أطلب الآخر ليس له ذلك حتى يبين لأن القاضي يحتاج إلى أن يقضي بالشفعة لأحدهما وبالتسليم على الآخر ولا
يمكنه ذلك إلا بعد البيان وكل الشفيع المشتري فأخذها لم يصح لأن الأخذ بالشفعة شراء والواحد لا يصلح وكيلا بالشراء من
الجانبين وكذلك لو وكل البائع استحسانا لأنه يصير آخذا من نفسه فيؤدي إلى التضاد في الحقوق إن كان المبيع في يده وبعد

التسليم يصير ساعيا في نقض ما قد تم من جهته لانه باعه فينفسخ العقد بينه وبين المشتري ولا يجوز لاحد المتعاقدين السعي في نقض ما تم به وكان له ان يأخذ الشفعة كذا لو كان المشتري اشترى بأكثر لا يأخذ لان الوكيل بالشفعة وكيل بالشراء والوكيل بالشراء لا يملك الشراء بأكثر مما بين له الموكل من الثمن وكذلك لو قال اشترها من فلان فاشتراها من غيره لا ينفذ لانه خالف فصار كمن وكل بشراء دار بعينها لا يملك شراء دار أخرى ولو طلب المشتري من الوكيل بطلب الشفعة ان يكتب عهدة على انه على خصومته وشفعته جاز لان الشفيع لو أخر وأمهل المشتري بعد الاشهاد بدون طلبه جاز فكذلك نائبه وكذا ولا تبطل الشفعة بموت الوكيل وتبطل بموت الموكل ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان الحق ثابت للموكل لا للوكيل وفي المنتقى ولو وكل رجلا بطلب كل حق له والخصومة والقبض ليس له أن يطلب شفعته لان الشفعة شراء والوكيل بالخصومة لا يملك الشراء وله أن يقبض شفعة قد قضي بها قال رحمه الله ﴿وان قيل للشفيع انها بيعت بألف فسلم ثم علم انها بيعت بأقل أو ببر أو شعير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة﴾ لان تسليمه كان لاستكثار الثمن أو لتعذر الجنس ظاهرا فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير ان الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض الوجوه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها وكذا كل موزون أو مكيل أو عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعروض قيمتها ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير ولا يظهر فيه التيسير فلا يكون له الاخذ وكذا لو أخبر ان الثمن عروض كالثياب والعبيد وظهر انه مكيل أو موزون أو أخبر ان الثمن مكيل أو موزون وظهر من خلاف جنسه من المكيل والموزون فهو على شفعته لما ذكرنا وان ظهر انه جنس آخر من العروض قيمته مثل قيمة الذي بلغه أو ظهر انه ذهب أو فضة قدره مثل قيمة ذلك فلا شفعة له لعدم الفائدة لان في غير المكيل والموزون الواجب القيمة ولا يظهر التفاوت قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمته ألف أو أكثر غير مفيد فانه لو كان قيمته أقل من ألف فتسليمه باطل لاطلاق المبسوط والايضاح حيث قالا ثم ظهر له مكيل أو موزون فهو على شفعته وأجيب بانه مفيد لانه اذا علم ان الشفعة لا تبطل اذا ظهر انه أكثر علم بطريق الاولى انها لا تبطل اذا ظهر انه أقل وفي المحيط ولو بلغه ان الثمن عبد فظهر انه جارية ينظر ان كان قيمة الجارية كقيمة العبد أو أكثر بطلت وان كان أقل من قيمة العبد لا تبطل فهو كما لو أخبر بالثمن ألف وظهر أقل ولو أخبر ان الثمن ألف درهم فسلم فاذا هو مائة دينار لم يذكره في الاصل أيضا وذكر الكرخي ينظر ان كان قيمة الدنانير ألف درهم أو أكثر صح التسليم وهو قول شيخ الاسلام كذا في التجريد وروي عن زفر له في الوجهين الشفعة وهو قول الامام ولو أخبر انه باع نصفها فسلم ثم علم انه باع كلها فله الشفعة لان من رغب عن البعض لعيب الشركة لا يكون راغبا عن الكل وليس فيه عيب ولو أخبر انه باع الكل فسلم ثم علم انه باع نصفها بطلت شفعته لان من رغب عنها وليس بها عيب الشركة كان راغبا عنها وبها عيب الشركة بالطريق الاولى قالوا وتأويلها ان يكون ثمن النصف ثمن الكل فلو أخبر انه باع الكل بألف ثم علم انه باع النصف بخمسمائة فانه يجب ان يكون على شفعته لانه اذا رغب في الاول لعجزه عن الالف فلا يكون راغبا عن الخمسمائة ولو أخبر انها بيعت بألف فسلم الشفيع الشفعة ثم حط البائع عن المشتري شيأ من الثمن وقبل الحط فله الشفعة لانه يلتحق بأصل العقد فصار كما لو أخبر انها بيعت بألف وظهر انها بيعت بأقل منه ولو زاد البائع مشتري الدار عليها عبدا أو أمة بعد ما سلم الشفيع الشفعة كان للشفيع ان يأخذ الدار بحصتها من الثمن لانه تبين ان حصة الدار من الثمن أقل ولو قضى القاضي له بالشفعة ولم يعلم بالثمن ثم علم فله الخيار لان رضاه بالاخذ انما يتم اذا علم بالثمن اهـ وفي التجريد وغيره أخبر ان الثمن عبد أو جارية فظهر انه مكيل أو موزون فهو على شفعته اهـ قال رحمه الله ﴿ولو بان انها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له﴾ وهو قول أبي يوسف وقد بينا المسئلة بفروعها فيما تقدم وفي المحيط سلم الشفيع الشفعة فقال المشتري للبائع كان تلجئة لا يتجدد شفعته لانه بعد ما سلم لم يبق له حق وصح اقرارهما بان البيع تلجئة فكان فاسدا ولو ثبت معاينة ان البيع تلجئة لا يتجدد للشفيع حق الشفعة بخلاف ما لو كان قبل التسليم لان حق الشفيع ثبت من حيث الظاهر فاقرارهما يتضمن ابطال حقه ولا يقبل سلم الشفيع في هبة بعوض فظهر انه بيع لم تبطل الشفعة ولو سلم في هبة بغير شرط العوض ثم تقابضا فانه كان بشرط العوض فله الشفعة وفي النوادر ولو سلم الشفعة ثم جعل المشتري للبائع خيار يوم جاز فان نقض البائع البيع في ذلك اليوم لا يتجدد للشفيع حق الشفعة وأما ابن سماعة عن محمد وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ان له الشفعة اهـ

قال رحمه الله ﴿وإن قيل له إن المشتري فلان فسلم ثم ظهر أنه غيره فله الشفعة﴾ لتفاوت الناس في الأخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليما في حق غيره ولو علم أن المشتري هو مع غيره كان له أن يأخذ نصيب غيره لأن التسليم لم يوجد في حقه قال محمد في الجامع الصغير ولو قال الشفيع سلمت الشفعة في هذه الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لأن الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لأن تسليم الشفعة إسقاط لحق كالطلاق فصح تعليقه بالشرط ولا يترك إلا بعد وجوده قال صاحب العناية بعد ما نقل كلام محمد هذا وهذا كما ترى ينافض قوله ولا يتعلق إسقاطه بالشرط الجائز فالفاسد أولى اهـ وقد يجاب بأنه فرق بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التي تدل على الإعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا وما ذكر هنا من الشروط التي لا تدل على الإعراض ولا على الرضا فتأمل قال رحمه الله ﴿وإن باعها إلا ذراعا في جانب الشفيع فلا شفعة له﴾ يعني إذا باع الدار إلا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لأن الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الاتصال وهو حيلة وفي التاتارخانية الحيلة في هذا الباب نوعان نوع لإسقاطه بعد الوجوب وذلك بأن يقول للشفيع أنا أبيعها منك فقال الشفيع نعم فتبطل شفعته وهو مكروه بالإجماع كذا ذكر شيخ الإسلام وذكر شمس الأئمة أنه لا يكره إذا لم يقصد المشتري الإضرار بالشفيع وفي الينابيع قيل الاختلاف قبل البيع أما بعده فمكروه بالإجماع وهو الأصح وفي العتابية ونوع يمنع وجوبه وقد اختلف المشايخ قالوا على قول أبي يوسف وعلى قول محمد مكروه وفي الذخيرة ومنهم من قال في الشفعة لا تكره الحيلة لمنع وجوبها بالخلاف وفي الخلاصة الحيلة لإبطال الشفعة إن كان قبل الوجوب لا بأس به سواء كان الشفيع عدلا أو فاسقا هو المختار وفي فتاوى الفضلي عن أبي بكر بن سعيد فإن الحيلة بعد البيع مكروهة في الأحوال كلها وقبل البيع إن كان الجار فاسقا يتأذى به فلا يكره وقيل تكره في جميع الأحوال اهـ قال رحمه الله ﴿وإن ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الأول فقط﴾ لأن الشفيع جار في السهم الأول والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم على الجار ولو أراد الحيلة يشتري السهم الأول بجميع الثمن إلا درهما والسهم الثاني بدرهم فلا يرغب الجار في أخذه لكثرة الثمن وكذا في المسألة السابقة أخذ قدر الذراع الأولى يأتي مثل هذه الحيلة بأن يبيع ما يلي الجار بجميع الثمن إلا درهما ثم يشتري الباقي بدرهم فإن أخذه بجميع الثمن وليس له أن يأخذ الباقي بدرهم لأنه ليس بجار فإن خاف أن لا يوفي صاحبه شرط الخيار لنفسه وإن خافا شرط كل منهما الخيار لنفسه ثم يجيزان معا وإن خاف كل منهما إذا أجاز لا يجيز صاحبه وكل منهما وكيلا ويشترط عليه أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه وفي الفتاوى ومن حيله ذلك أن يتصدق بطبقة معينة على المشتري من الدار بطريقها أو يسلمها إليه ثم يبيع الباقي منه فلا يكون للجار شفعة وفي الخانية أو المشتري يتصدق بمثل الثمن على البائع وهي واهبة سواء إلا أن في الهبة من الأجنبي يملك الرجوع وفي الصدقة لا يملك الرجوع ومنها أن يهب جزأ شائعا ثم يترافعا إلى حاكم يرى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فيحكم بجواز الهبة ثم يبيع بقية الدار منه فيكون الموهوب له مقدما على الجار ومن حيله ذلك أن يهب قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار اهـ قال رحمه الله ﴿وإن ابتاعها بثمن ثم دفع ثوبا عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب﴾ لأن الثوب عوض عما في ذمة المشتري ويكون البائع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الأول وهذه الحيلة تعم الجار والشريك لأنه يبتاع العقار بأضعاف قيمته ويعطيه بها ثوبا بقدر قيمة العقار غير أنه يخاف أن يتضرر البائع بذلك لأنه لو استحقت الدار تبقى الدراهم كلها في ذمة البائع لوجوبها عليه بالبيع وبراءته حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار فإذا استحق تبين أنه ليس عليه ثمن العقار فبطلت المقاصة ويجب على البائع الثمن كله والحيلة فيه أن يدفع إليه بدل الدراهم الثمن دنانير بقدر قيمة العقار فتكون صرفا بما في ذمته من الدراهم ثم إذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير والحيلة الأولى تختص بالجوار وهذه لا وحيلة أخرى تعم الجار والشريك أن يشتري بأضعاف قيمته ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار إلا قدر قيمة الدنانير مثلا ثم يعطيه دينارا بالباقي فيصير صرفا فيه فإذا استحق المشفوع رد ما قبض كله فعبر الدنانير على أنه بدل عن العقار المستحق والدينار لبطلان الصرف وإن كان الشفيع خليطا في نفس المبيع فأراد أن يبيعها من أحدهم وتسقط الشفعة من

الباقين

الباقين فالحيلة فيه ان يجعل الثمن مجهولا والصبي والمجنون بمنزلة البائع في هذه المسألة بعد ان يكون مثل القيمة أو بنقصان يتغابن فيه وهذه حيلة عامة وذكر الخصاف حيلة لم يذكرها محمد وهو ان يدعي ان الدار لابن صغير له في يد هذا الرجل ثم ان المدعي يدعي له مائة دينار ولا يقول انها من مال ابنه الصغير على انه يسلم الذي في الدار فيجوز، لا شفعة فيها لان الاب لم يأخذ الدار لطريق المعاوضة ومن جملة الحيل ان يقر البائع بجزء معلوم من الدار للمشتري ثم يبيع الباقي منه ومن الحيل ان يوكل المشتري وكيلا بالشراء فيشتري الوكيل ويعيب ولا يكون الموكل خصما للشفيع فهذا على قول محمد وعلى قول أبي يوسف يكون خصما له اهـ قال رحمه الله ﴿ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة﴾ هذا عند أبي يوسف وعند محمد يكره لان الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام فكانت مكروهة ضرورة ولأبي يوسف انه يحتاج لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروعة وان كان غيره يتضرر بذلك وقد قدمنا هذه المسألة بفروعها قال في النهاية قيل هذا الاختلاف بينهم قبل الوجوب وأما بعده فمكروه بالاجماع ولقائل ان يقول اما ان يراد بالاجماع والاختلاف اجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسألة أو يراد اجماع المشايخ واختلافهم في الرواية وايا ما كان لا يخلو عن اضطراب لان الاختلاف بين المجتهدين مقرر و بين المشايخ أيضا مقرر قال رحمه الله ﴿وأخذ حظ البعض بتعدد المشتري لا بتعدد البائع﴾ يعني ان المشتري اذا تعدد بان اشترى جماعة عقارا والبائع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم و يترك الباقي وان تعدد البائع بان باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق ان الشفيع في الوجه الثاني لو أخذ نصيب بعضهم تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر بعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر المشتري ضررا زائدا على الاخذ بالشفعة وفي الاول لا تتفرق الصفقة على أحد ولا فرق في هذا بين ان يكون قبل القبض أو بعده في الصحيح الا ان الشفيع اذا اختار أخذ الجميع لا يمكنه ان يأخذ نصيب أحدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع لئلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم لانه كواحد منهم وكذا اذا كان المشتري واحدا ونقد البعض من الثمن وسواء سمي لكل ثمنا أو سمي للكل جملة لان العبرة في هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والعبرة في التعدد والاتحاد للعاقد دون المالك حتى لو وكل واحد جماعة بالشراء فاشتروا له عقارا واحدا بصفقة واحدة يتعدد وأخذه يتعدد وكان للشفيع ان يأخذ نصيب أحدهم ولو وكل جماعة واحدا ليس للشفيع ان يأخذ نصيب بعضهم لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو أصل فيه فيتحد باتحاده و يتعدد بتعدده قيد بما يقول لانه لا فرق بين ان يكون الاخذ قبل القبض أو بعده في الصحيح وروى الحسن عن الامام انه فصل فقال ان أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك و بعده كان له ذلك لانه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه و بعده لا يتضرر لانه لم يبق له يد وجوابه ان له ان يحبس الجميع الى ان يستوفي جميع الثمن ولا يؤدي الى تفريق اليد عليه واذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد فأراد ان يأخذ أحدهما دون الآخر فليس له ذلك وفي فتاوى العتابية ولو كانا متلاصقتين وشفيع أحدهما خاصة ولو كانا أرضين أو قريتين وأرضهما أو قريتين وأرضهما وهو شفيع ذلك كله فله ان يأخذ جميع ذلك كله أو يدعه سواء كانا متلاصقين أو في مصرين أو قريتين بعد ان يكون ذلك صفقة وذكر شيخ الاسلام في شرحه ان له ان يأخذ الدار الذي هو شفيعها في ظاهر الرواية ولو اشترى الدار بمتاع فيها صفقة واحدة فالشفيع يأخذ الدار مع المتاع أو يدع الكل وذكر شمس الائمة السرخسي في شرحه كان أبو حنيفة يقول أولا هذا ثم رجع وقال يأخذ واحدا منهما ثم رجع وقال يأخذ الذي هو شفيعها خاصة وفي الفتاوى العتابية ولو اشترى دارين ورفع الحائط من الدار الاخرى وجعلهما دارا واحدة أخذ الشفيع كلها وان كان ذلك الباب عنه لانه دار لهما الان ولو فتح باب البيت التي اشتراها الى داره وسد الباب الاول وصار ممرو فهدما البيت معها أخذها بالشفعة قال رحمه الله ﴿وان اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشتري بقسمته﴾ يعني لو اشترى نصف دار غير مقسوم وقاسم المشتري البائع يأخذ الشفيع نصيب المشتري الذي حصل له بقسمته وليس له أن ينقض القسمة سواء كانت بقضاء أو تراض لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع ولهذا لو باع أو آجر يطيب له الثمن والاجرة وليس للشفيع فيه ملك وانما له حق الاخذ بالشفعة وذلك لا يمنع نفوذ تصرفه ثم انه ينقض تصرفا يبطل حقه لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر في القسمة فيبقى على الاصل في حق البيع

الاول وفي حق ماله حكمه وهو القبض بجهته فظاهر عبارة الشارح انه يأخذه سواء وقع في جانب الدار المشفوع بها أولا وفي التجريد عن الامام أن الشفيع انما يأخذ النصيب الذي أصاب المشتري اذا وقع في جانب الدار المشفوع بها وفي واقعات الناطفي ان القسمة اذا كانت بحكم ففي نقض القسمة روايتان قال الصدر الشهيد في واقعاته والمختار لا ينقض بخلاف ما اذا أخذ أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته وفي التجريد رجلان اشتريا دارا وهما شفيعان ولهما شفيع ثالث اقتسماها ثم جاء الثالث فله أن ينقض القسمة سواء اقتسماها بقضاء أو بغير قضاء اهـ وأما اذا لم يكن للشفيع نقض القسمة في مسئلة الكتاب فيأخذ نصيب المشتري في أي جانب كان لانه استحقه بالشراء والمشتري لا يقدر على ابطاله فيأخذه وهو قول أبي يوسف واطلاق الكتاب يدل عليه وقدمنا قول الامام واطلاق المتن صادق على ما اذا قاسم البائع أو غيره وليس كذلك فلو اراد أو قاسم البائع لسلم من الاعتراض اهـ قال رحمه الله ﴿وللعبد المأذون الاخذ بالشفعة من سيده كعكسه﴾ يعني اذا باع رجل دارا والبائع عبد مأذون له في التجارة وعليه دين يحيط برقبته وماله فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة وكذا عكسه وهو ما اذا كان العبد المأذون هو البائع فلمولاه الاخذ بالشفعة لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء أحدهما من صاحبه جائز اذا كان على العبد دين لانه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى لا يملك ما في يد عبده المديون أو لكون العبد أحق به بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد مأذون لان بيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له بخلاف ما اذا اشترى لانه شفيع له وقد بينا ان من ابتاع أو ابتيع له لا تبطل شفعته ولو قيد بالمديون لكان أولى قال رحمه الله ﴿وصح تسليمهم الشفعة من الاب والوصي والوكيل﴾ يعني ان الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهما في سببه فيقوم بالطلب والاخذ والتسليم من يقوم مقامهما وهو الاب ثم وصيه ثم أب الاب ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن أحد فهو على شفعته حتى يدرك وهذا قول الامام وأبي يوسف وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصي عند العلم بالشراء للامام محمد وزفر ان هذا ابطال لحق الصبي فلا يصح كالعفو عن القود واعتاق عبده وابراء عن دينه ولان تصرفهما نظري والنظر في الاخذ يتعين ألا ترى انه شرع لدفع الضرر فكان في ابطاله الحاق الضرر به فلا يملك ولهما ان الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل هو عينها ألا ترى انه مبادلة المال بالمال وترك الاخذ بها ترك التجارة فيملكه كما يملك ترك التجارة يوضحه انه لو أخذه بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذا اذا سلمه اليه بل أولى لانه اذا أخذه ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز كانت العهدة على الصبي وفي الاول على البائع أو المشتري ولان هذا تصرف دائر بين النفع والضرر فيحتمل أن يكون الترك أنفع بابقاء الثمن على ملك الصبي بخلاف العفو عن القود وما ذكر معه لانه ضرر محض غير متردد ولانه ابطال بغير عوض هذا اذا بيعت بمثل قيمتها وان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله قيل جاز التسليم بالاجماع لان النظر متعين فيه وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعند الامام لا يصح تسليم الاب والوصي ولا رواية عن أبي يوسف قال في النهاية ولما لم يصح التسليم على قول الامام لا يصح على قول محمد وزفر بالاولى ولو كان المشتري هو الاب لنفسه كان له أن يأخذه بالشفعة ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وكذا لو اشترى لابنه الصغير كان له أن يأخذه بالشفعة ما لم يكن فيه ضرر ظاهر وهو أن لا يكون فيه غبن فاحش فكذا في الاخذ والوصي كالاب في هذا الا انه يشترط في حقه أن يكون فيه نفع بالصغير ظاهر حتى اذا كان بمثل القيمة لا يجوز وكذا اذا باع من نفسه بمثل القيمة لا يجوز حتى يكون أكثر وفي الاب يجوز اذا كان بمثل القيمة فيهما ثم كيفية طلبه أن يقول اشتريت وأخذت بالشفعة متصلا ولو باع كل واحد منهما مال الصغير أو مال نفسه ليس له أن يأخذ بالشفعة لا لنفسه ولا للصغير لما ذكرنا ان من باع أو بيع له لا شفعة له وان كان في الشراء غبن فاحش كان للصغير أن يطلب الشفعة اذا بلغ وفي الاصل الحمل فان وضعت لاقل من ستة أشهر منذ وقع الشراء فانه لا شفعة لها الا أن يكون أبوه مات قبل البيع وورث الحمل عنه حينئذ يستحق الشفعة وان جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا وفي المنتقى واذا كانت الشفعة لكبير وصغير وحمل وقد ثبت نسبه من الميت شركهم في الشفعة وان جاءت لاكثر من ستة أشهر اهـ وفي التتمة واذا بيعت بأقل من قيمتها فتسليم الاب والوصي لا يصح والصغير على شفعته اذا بلغ وفي الاصل اذا اشترى الاب لنفسه دارا وابنه الصغير شفيعها فلم يطلب الشفيع للصغير حتى بلغ فقياس قول أبي حنيفة لا شفعة للصغير أما

الوصي

الوصي فهو على شفعته ويجب أن يكون الجواب في شراء الاب دارا واسه الصغير شفيعها على التفصيل ان لم يكن فيه ضرر فلو وقع ما كثر من القيمة عما يتغابن الناس فيه لا يكون للصغير شفعة اذا بلغ وان وقع شراء الاب ما كثر من القيمة مما لا يتغابن الناس فيه كان للصغير الشفعة اذا بلغ اهـ قال رحمه الله ﴿والوكيل﴾ بالجر عطفا على الاب يعني الوكيل بالشراء تسليم الشفعة منه صحيح والمراد بالوكيل هنا الوكيل بطلب الشفعة أما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع والوكيل بطلب الشفعة انما يصح تسليمه في مجلس القاضي عند الامام وعند أبي يوسف يصح في مجلس القاضي وغيره وعند محمد وزفر لا يصح تسليمه أصلا لانه أتى بضد ما أمر به فصار كالوكالة باستيفاء الدين فابرأه ـــه ولهما انه توكيل بالشراء له لان الاخذ بها شراء والوكيل بالشراء له أن يشتري وله أن يترك الشفعة غير ان أبا يوسف يقول هو وكيل مطلق فيعم تصرفه مطلقا والامام يقول الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة في غير مجلس القاضي فلا يكون وكيلا في غير مجلس الحاكم ولو أقر الوكيل بطلب الشفعة على موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عند الامام ومحمد اذا كان في مجلس القاضي وان كان في غيره فلا يجوز الا أنه يخرج من الخصومة اهـ وقال أبو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا وقد قدمنا نصف هذه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب القسمة﴾

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما ان أقوى أسباب الشفعة الشركة فاحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم البقاء باع فوجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل وهنا يحتاج الى معرفة مشروعية القسمة وتفسيرها وركنها وشرطها وحكمها وسببها ودليلها أما دليل المشروعية فهو قوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم وقوله تعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ومن السنة ماروي أنه عليه الصلاة والسلام فتح خيبر وقسمها بين الغانمين وعليه اجماع الامة وأما تفسيرها لغة فهو عبارة عن الاقتسام كالقدرة للاقتدار والاسوة للائتساء وأما شرعا فسيذكرها المؤلف وأما ركنها فالفعل الذي يقع به الافراز وأما شرطها فأن لا تتبدل منفعته بالقسمة ولا يفوت وأما حكمها فتعين نصيب كل واحد منهما من نصيب الآخر ملكا وانتفاعا وسببها طلب كل واحد من الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخصوص وأما محاسنها ان أحد الشريكين يحصل له من صاحبه سوء الخلق وضيق العطن وقوة الرأس وليس له مخرج من هذه الامور الا ان يركنون الى الاقسام وأما صفتها فهي واجبة على الحاكم عند طلب بعض الشركاء قال رحمه الله ﴿هي جمع نصيب شائع في معين﴾ هذا معناه شرعا لان مامن جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فكان مايقبضه كل واحد منهما نصفه ملكه ونصفه ملك صاحبه فاذا وقعت القسمة صار حصة صاحبه فيما وقع في نصيبه عوضا عما له في نصيب صاحبه قال رحمه الله ﴿وتشتمل على الافراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلي فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه وهي في غيره فلا يأخذ﴾ يعني القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو الظاهر من ذوات الامثال حتى كان لاحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والمبادلة هي الظاهرة في غير المثلي كالثياب والعقار والحيوان حتى لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه وان كان معنى الافراز ظاهرا في المثلي لان ما يأخذه كل واحد منهما مثل حقه صورة ومعنى فامكن أن يجعل عين حقه في القرض والصرف والسلم لانه لو كان مبادلة لما صح في القرض قبض للافتراق قبل أخذ العوضين ولا في الصرف والسلم لحرمة الاستبدال فيهما قال في النهاية فان قلت أليس ان محمدا ذكر في آخر كتاب القسمة اذا كان وصي الذمي مسلما وفي التركة خمور انه يكره قسمتهما ولو كان الرجحان في هذه القسمة للافراز ينبغي أن يجوز من غير كراهة فان الذمي اذا وكل مسلما أن يقبض خمرا له جاز قبضها من غير كراهة قلت ذكر شمس الأئمة الحلواني اذا كان في التركة خمور لا يكره للوصي المسلم قسمتها لان هذا افراز محض ليس فيه شبهة المبادلة وانما تكره القسمة اذا كان مع الخمر الخنازير لان القسمة حينئذ تكون مبادلة وغيره من المشايخ قالوا لا تكره قسمة الخمور وحدها لان العمل بالشبهين في قسمة الخمور وحدها يمكن باثبات الكراهة ومعنى الكراهة هنا هو ما بين الحلال المطلق والحرام المحض وانما كان معنى المبادلة في غير المثلي أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين ولو اشترى دارا فاقتسماها لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة ولك أن تقول ان القسمة لا تعرا عن معنى الافراز والمبادلة في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غيره لانها بالنظر الى البعض افراز وبالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان كذلك فغاية الامر ان البعض الذي يأخذه كل منهما عوض عما في يد

صاحبه وليس بمثل له من كل وجه فلم يتحقق معنى الإفراز فيه بالنظر إلى ذلك البعض فلا يلزم منه أن لا يتحقق الإفراز فيه بالنظر إلى البعض الآخر وهو كونه بعض حقه في الحال فثبتت المساواة بين المبادلة والإفراز نظرا إلى الظهور للمبادلة قال رحمه الله ﴿ويجبر في متحد الجنس عند طلب أحد الشركاء لا في غيره﴾ يعني إذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد الجنس سواء كان من ذوات الأمثال أو لا ولا يجبر في غير متحد الجنس كالغنم مع الإبل لما بينا من المعنى وفي غاية البيان قال في الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع قسمة لا يجبر الآبي عليها كقسمة الأجناس المختلفة وقسمة يجبر عليها الآبي كقسمة ذوات الأمثال كالمكيل والموزون وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار رؤية وخيار عيب ففي قسمة الأجناس المختلفة تثبت الخيارات الثلاث وفي قسمة ذوات الأمثال كالمكيل يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية خيار الرؤية والعيب يثبتان من غير شرط بخلاف خيار الشرط وفي قسمة الثياب من نوع واحد والبقر والغنم يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية على رواية أبي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى ويثبت فيه خيار العيب من غير خلاف اهـ وفي الذخيرة القاضي لا يقسم الأجناس المختلفة قسمة جمع إذا أبى بعض الشركاء فإن كان بينهم إبل وغنم وطلب أحدهم من القاضي أن يجمع نصيبه في الإبل والبقر والغنم فالقاضي لا يقسم على هذا الوجه وفي الجنس المتحد يقسم قسمة جمع عند طلب البعض فإن كان بينهم غنم كثيرة أو إبل كثيرة وطلب أحدهم من القاضي أن يجمع نصيبه في طائفة منها فعل القاضي ذلك اهـ وفي النهاية اعترض على قوله يجبر بأن المبادلة معتبرة فيها فكيف يجبر وأجيب بأنه يجبر لدفع الضرر عن غيره كالغريم يحبس حتى يباع ماله لقضاء الدين ولهذا لا يثبت حكم الغرور فيها حتى لو أخذ أحدهما الدار وبنى في نصيبه فاستحقت الدار التي بنى فيها لا يرجع على صاحبه بقيمة ما انتقض اهـ وظاهر العبارة صادق بطلب صاحب القليل والكثير وسيأتي تقييده قال رحمه الله ﴿ويندب نصب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر﴾ يعني يستحب نصب قاسم ورزقه في بيت المال لأن القسمة من جنس القضاء من حيث إنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي ولأن منفعته تعود إلى العامة كمنفعة القضاء والمقاتل والمفتي فتكون كفايته في بيت المال لأنه أعد لمصالحهم كمنفعة هؤلاء وفي العناية وغيرها وبنصب القاضي فإنه يجوز للقاضي أن يقسم بنفسه ويأخذ على ذلك من المتقاسمين أجرة وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وإنما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة إلا أن لها شبها بالقضاء لأنها تستفاد منه اهـ قال رحمه الله ﴿وإلا نصب قاسما يقسم بأجرة بعدد الرؤوس﴾ يعني إن لم ينصب قاسما رزقه في بيت المال نصبه وجعل رزقه على المتقاسمين لأن النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضي أن يأخذ الأجرة على القسمة وإن كان لا يجوز له على القضاء ألا ترى أنه لا يفترض عليه أن يقسم عليهم بالمباشرة ومباشرة القضاء فرض عليه ويقدر له القاضي أجرة مثله كيلا يطمع في أموالهم ويتحكم بالزيادة والأفضل أن يرزقه من بيت المال لأنه أرفق وأبعد من التهمة وقوله بعدد الرؤوس يعني يجب عليهم الأجرة على عدد الرؤوس ولا يتفاوت بتفاوت الأنصباء وهذا عند الإمام كما سيجيء بيانه عن قريب قال رحمه الله ﴿ويجب أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة﴾ لأنه من جنس عمل القضاء لأنه لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة على القسمة وذلك بما ذكرنا قال تاج الشريعة ذكر الأمانة بعد العدالة وإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة ورد بأنه يلزم من ظهور العدالة ظهور الأمانة ورد عليه بأن المذكور العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الأمانة لا يقتضي استدراك ذكر الأمانة فإن قلت لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد بالأمانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الأمانة بالكلية قلت ظهور العدالة من لفظ العدالة غير ظاهر لا يفهم من لفظها وحده بدون القرينة وإرادة ظهور الأمانة من لفظ الأمانة الواقعة في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة لا يغني عن ذكر الأمانة اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يتعين قاسم واحد﴾ لأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجرة مثله ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم على أن يستأجروه ولأن القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء على ما بينا ولا جبر فيهما ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز لما ذكرنا أن فيها معنى المبادلة إلا إذا كان فيهم صغير لأن تصرفهم عليه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه قال رحمه الله ﴿ولا يشترك القسام﴾ يعني يمنعهم القاضي من الاشتراك كيلا يتضرر الناس لأن الأجرة تصير بذلك غالية لأنهم إذا اشتركوا يتواكلون وعند عدم الاشتراك يتبادرون إليها خشية الفوات فيرخص الأجر بسبب ذلك والأجرة على عدد الرؤوس على قول الإمام وقالا على قدر الأنصباء لأنه مؤنة الملك فتتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحافر البئر وحمل

الطعام وغسل الثوب المشترك وكبناء الدار والجدار لان المقصود بالقسمة ان يتوصل كل واحد منهما الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة
صاحب الكثير أكثر فكانت مؤنة القسمة عليه أكثر وللامام ان الاجرة مقابلة التمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب
بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر باعتبار الكسور فيتعذر اعتباره ألا ترى انه لا يتصور تمييز القليل من الكثير الا بما يعمله فيهما
فيتعلق الحكم بأصل التمييز لان عمل الافراز واقع لهم جملة بخلاف ما ذكراه لان الاجرة مقابلة بالعمل وهو متفاوت الاجرة تتفاوت
وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الاجرة على الطالب للقسمة لانه هو المنتفع بالقسمة دون الآخر اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يقسم
العقار بين الورثة باقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة﴾ وهذا عند الامام وقالا يقسم باعترافهم لان اليد دليل الملك
والاقرار دليل الصدق فصار كالمنقول والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر لهم ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد البينة فلا انكار
لكنه يذكر في كتاب القسمة انه قسمه باعترافهم ليقتصر عليه ولا يتعداه حتى لا تعتق أمهات أولاده ومدبره لعدم ثبوت موته
بخلاف ما اذا كانت القسمة بالبينة وللامام انها قضاء على الميت لان التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة ينفذ فيها وصاياه بخلاف
ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فلا بد من البينة وقد يمكن بان يجعل أحدهم خصما عن الميت وغيره عن أنفسهم وأورد
بانه لا أولوية لاحدهم أن يكون مدعيا والآخر أن يكون مدعى عليه فكلاهما مجهول ولا قضاء مع الجهالة وأجيب بان للقاضي ولاية
التعيين تحصيلا للمقصود فترتفع الجهالة بتعيينه ولان الوارث نائب عنه واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة ألا ترى أنه لو ادعى
انسان على الميت دينا فاقر به الوارث فاقام المدعي البينة تقبل لانها تثبت الدين على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء ولا كذلك اذا
كان ثبوته باقرار الوارث فانه لا يثبت الا في حصته خاصة وكذلك الجواب ولو قال مكان الوارث وصي بخلاف المنقول لان في قسمته
نظرا لانه يخشى عليه التلف وبخلاف العقار المشترى لان المبيع زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة قضاء على الغير
قال رحمه الله ﴿ويقسم في المنقول والعقار المشترى ودعوى الملك﴾ يعني يقسم في الموروث المنقول والعقار المشترى وفيما اذا
ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم قسم بقولهم من غير اقامة بينة أما في المنقول والعقار المشترى فلما بينا من المعنى والفرق
وأما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية الانتقال اليهم فلانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم ويكون
مقتصرا عليهم فيجوز ثم قيل هذا قول الامام وقيل قول الكل وهو الاصح ولفظ الجامع الصغير يفيد أنه لا يقسم حتى يقيموا
البينة على الملك لاحتمال أن يكون الملك في يد غيرهم اهـ قال رحمه الله ﴿ولو برهنا أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه
لهما﴾ يعني لو أقام رجلان بينة أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا ولو طلبا من القاضي أن يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى
يثبتا بالبينة ان العقار ملكهما لاحتمال أن يكون هو لغيرهما وهذه عبارة الجامع الصغير وما تقدم رواية القدوري وكلاهما في دعوى
الملك المطلق ومثل هذا لا يليق بهذا المختصر قال رحمه الله تعالى ﴿ولو برهنا على الموت وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث
غائب أو وصي قسم بطلبهم ونصب وكيل أو وصي يقبض نصيبه﴾ يعني يقبض الوكيل نصيب الغائب والوصي نصيب الصغير لان في
نصبه نظرا للصغير والغائب ان حضر ولا بد من اقامة البينة عند الامام لما بينا لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير وعندهما
يقسم بقولهم لما ذكرنا ويشهد أنه قسمها باعتراف الحاضرين فان الصغير والغائب على حجته قال في العناية قولهم في أيديهم وقع
سهوا من الكاتب والصحيح وأيديهما لانه لو كان في أيديهم لكان في الغائب والصغير وسيأتي أنه لا يقسم وأجيب بانه أطلق الجمع
وأراد به المثنى وفي الخانية هذا اذا كان العقار كله في يد الحاضرين فان كانت الدار كلها أو شيء منها في يد الغائب أو الصغير وطلب
هؤلاء من القاضي القسمة فانه لا يقسم حتى يحضرا أو يقيما البينة على الموت وفي الجامع انه لا يقسمه ولو أقاما البينة ما لم يحضرا
اهـ وأفاد بقوله قسم أن للقاضي فعل ذلك قال في المحيط ولو قسما بغير قضاء لم تجز القسمة الا أن يحضرا فيجيزا أو يبلغ فيجيز فان
مات الغائب أو الصغير فاجاز ورثته جاز عند الامام وقال محمد لا يجوز لانه مات من له الاجازة فبطلت وللامام انا لو أبطلنا القسمة بالموت
احتجنا الى اعادة مثلها فاجازتها أولى اهـ وفيه أيضا ولو قسموا بامر صاحب الشرطة لم يجز لان القسمة لم تفوض اليه لانه
فوض اليه أمر الجنايات اهـ قال رحمه الله ﴿ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار في يد الوارث الغائب أو حضر وارث
واحد لم يقسم﴾ يعني لا يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم أما في الشراء فلان الملك الثابت ملك جديد بسبب مباشرة ولهذا
لا يرد بالعيب على بائعه ولا يصلح الحاضر أن يكون خصما عن الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت فيه ملك خلافة حتى يرد

بالعيب وبالشراء الموروث ويصير مغرورا بشراء الموروث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت
القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين فيصح القضاء بقيام البينة على خصم وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا يقبل وأما اذا
كان العقار في يد الوارث الغائب فلأن القسمة قضاء على الغائب باخراج الشيء من يده من غير خصم عنه فلا يجوز وكذا اذا
كان بعضه في يده والباقي في يد الحاضر وكذا اذا كان في يد مودعه أو مستعيره أو في يد الصغير لأن المودع والصغير ليسا بخصم
ولا فرق في هذا بين اقامة البينة وعدمها في الصحيح اهـ فان قلت التعليل في قولهم اذا كان شيء منه في يد الصغير أو الغائب يكون
قضاء باخراجه من يده لك أن تقول هذا يستقيم اذا كان كله أو كان البعض الذي في يد الصغير أو الغائب زائدا على قدر حصته
أما اذا كان قدر حصته من الدار أو أقل فلا يظهر أن فيه قضاء على الصغير والغائب باخراج شيء مما كان في يده بل يلزم ابقاء ما كان
في يده في صورة التساوي وزيادة مع عليه فيما كان في يد الحاضرين في صورة النقصان اهـ وأما اذا حضر وارث واحد فلأنه
لا يصلح أن يكون مخاصما ومخاصما ولا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما فلا بد من حضور شخصين على ما بيناه هذا هو ظاهر الرواية
وعن أبي يوسف أن القاضي ينصب عن الغائب خصما وتتم البينة ولو حضر صغير وكبير نصب وصيا عن الصغير وقسم اذا أقيمت
البينة وكذا اذا حضر وارث وموصى له بالثلث في الدار وطلبا القسمة وأقاما البينة على الارث والوصية يقسم لأن الموصى له
شريك في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب عن نفسه والوارث عن الميت وبقية الورثة فصار كما اذا حضر وارثان ولو حضر
الموصى له وحده لا يقسم ذكره في الذخيرة وفي النهاية انما ينصب القاضي وصيا عن الصغير اذا كان حاضرا بخلاف الغائب وفي
المحيط ولو كانت مشتركة بالشراء فجرى فيها الميراث بأن مات واحد منهم لا يقسم اذا حضر البعض لأن الوارث لم يقم مقام المورث
في الشركة الاولى بالشراء فينظر في هذا الى الشركة الاولى فان كانت بالميراث يقوم الثاني مقام الاول وان كانت بالشراء لا يقوم
ضيعة بين خمسة واحد صغير واثنان غائبان واثنان حاضران فاشترى رجل نصيب أحد الحاضرين وطالب شريكه الحاضر
بالقسمة عند القاضي وأخبراه عن القضية فالقاضي يأمر شريكه بالقسمة ويجعل وكيلا عن الغائبين والصغير لأن المشتري قائم
مقام البائع وكان للبائع أن يطالب شريكه فكذا من قام مقامه أرض بين رجلين فطلب أحدهما القسمة وقدمه الى القاضي
فأبى شريكه وقال بعت نصيبي وأقام البينة على البائع لا تقبل البينة لدفع القسمة عنه لأنه يريد ابطال حق القسمة باثبات فعل بنفسه
بالبيع فلا يقدر على الاثبات ولو كان على الميت دين لغائب غير مستغرق حبس القاضي قدر الدين وقسم الباقي لأن التركة ملك
للورثة اذا لم يكن الدين مستغرقا الا أنه لا يقسم قدر الدين حتى لا يحتاج الى نقض قضائه وان كان الدين مستغرقا لا يقسم لأنهم
لا ملك لهم في التركة في هذه الحالة اهـ وفي التجريد ولو بين رجلين في أرض لرجل ماء به ثم أرادا قسمة البناء ومؤاجر الارض
غائب فلهما ذلك فان أبى أحدهما لم يجبر على القسمة وفي النوازل سئل أبو بكر عن قرية مشاع بين أهلها نهرها وقصور بها
مقبرة ونصفها املاك يريدون أن يتخذوه مقبرة قال ان قسمت القرية كلها على مقدار كل نصيب جازت وان أرادوا أن يقسموا
موضعا منها لا يجوز وعن الحسن رجل اشترى من آخر نصف دار ثم قاسمه قبل أن يقبضها جازت القسمة فان استحق النصف
الذي في يد المشتري بطل البيع فيه والمشتري بالخيار ان شاء أخذ نصف ما في يد البائع بحصته من الثمن وان شاء ترك وان استحق
نصف البائع بطل البيع فيه والمشتري بالخيار ان شاء أخذ النصف من النصف الذي صار له بالحصة من الثمن وان شاء ترك ولو لم
يستحق شيئا حتى باع المشتري النصف الذي صار له ثم استحق النصف الذي صار للمشتري بطل البيع فيه وكان للمشتري أن يأخذ نصف
ما باع البائع ويبطل البيع في نصفه وكذا ان باع كل واحد منهما نصيبه ثم استحق أحد النصيبين فالجواب فيه كالجواب فيما باع
أحدهما وهذا كله على قياس قول أبي يوسف وزفر رحمهما الله تعالى وبه أخذ الحسن قال وفي قول أبي حنيفة أي النصفين استحق
جاز البيع في الآخر وله أن يبيع من الذي اشتراه منه قبل القبض ومن الاجنبي وفي المنتقى عن أبي يوسف اذا اشترى رجل
من أحد الورثة بعض نصيبه ثم حضرا يعني الوارث والمشتري وطلبا القسمة فالقاضي لا يقسم بينهما حتى يحضر وارث آخر غير
البائع ولو اشترى منه نصيبه ثم ورث البائع شيئا بعد ذلك أو اشترى لم يكن خصما للمشتري في نصيبه الاول في الدار حتى يحضر
وارث آخر غيره ولو حضر المشتري من الوارث ووارث آخر وغاب الوارث والبائع وأقام المشتري البينة على شرائه وقسمه وعلى
الدار وعدد الورثة فان هذا على وجهين أحدهما ان كانت الدار في أيدي الورثة ولم يقبض المشتري لم تقبل بينة المشتري على

الشراء من الغائب وان كان المشتري قبض وسكن الدار معهم ثم طلب القسمة هو ووارث آخر غير البائع فاقام البينة على ما ذكرنا في القاضي يقسم الدار وكذلك ان طلبت الورثة القسمة دون المشتري فالقاضي يقسم الدار بينهم بطلبهم ويجعل نصيب الغائب في يد المشتري ولا يقضي بالشراء وان لم يكن المشتري قبض الدار عزل نصيب الوارث الغائب ولا يدفع الى المشتري وان كان المشتري هو الذي طلب القسمة وأبى الورثة لم أقسم لاني لا أعلم بالكل ولا أقبل بينة على الشراء والبائع غائب وفيه أيضا عن أبي يوسف دار بين رجلين باع أحدهما نصيبه وهو مشاع من رجل ثم ان المشتري أمر البائع ان يقاسم صاحب الدار ويقبض نصيبه فقاسمه لم تجز القسمة واذا كان بين رجلين دار ونصف دار اقتسما على ان يأخذ أحدهما الدار ويأخذ الآخر نصف الدار جاز وان كان الدار أقل قيمة من نصف الدار قال رحمه الله ﴿وقسم القاضي بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه﴾ لان فيه تكميل المنفعة اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة وكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضي اجابتهم قال في العناية يعني يقسم جبرا ومراده اذا كان من جنس واحد لان فيه معنى الافراز لتفاوت المقاصد قال رحمه الله ﴿وان تضرر الكل لم يقسم الا برضاهم﴾ وذلك كما لو طلبوا قسمة البئر والرحى والحائط والحمام لان القسمة لتكميل المنفعة وفي قسمة هذا تفويت فيعود على موضوعه بالنقض ولان الطالب للقسمة متعنت يريد ادخال الضرر على غيره ولا يجيبه الحاكم الى ذلك لانه اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي لان الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم لكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوه منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه لا سيما اذا كان فيه اضرار واضاعة مال لان ذلك حرام ولا يمنعهم منه اه كلام الشارح لكن ظاهر المتن ان القاضي يقسم عند رضاهم وفي الينابيع والذخيرة ذكر شيخ الاسلام ان القاضي لا يقسم وبعض المشايخ قال يقسم فظهر ان في المسئلة روايتين قال رحمه الله ﴿وان انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط﴾ يعني يقسم بطلب صاحب الكثير كذا ذكره صاحب الخصاف ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والانصاف فان له ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي أن يجيبه الى ذلك ولا يعتبر ضرر الآخر لانه يريد ان ينتفع بملك غيره ولا يمكن من ذلك ولو طلب صاحب القليل مع انه لا ينتفع بحقه معا انه متعنت في طلب القسمة ولا يشتغل القاضي بما لا يفيد وذكر الخصاف انه ان طلب صاحب القليل قسم وان طلب صاحب الكثير لا يقسم وذكر الحاكم أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والاصح ما ذكر الخصاف لان القاضي يجب عليه ايصال الحق الى مستحقه ولا يلزمه ان يجيبهم الى اضرار أنفسهم ولم يتعرض المؤلف لما اذا كان كل واحد منهم لا ينتفع قال في المبسوط بيت بين رجلين أراد أحدهما القسمة وامتنع الآخر وهو صغير لا ينتفع به واحد منهما لا يجبرهما القاضي الى ذلك والاصح أنه لا يقسم الا اذا طلب صاحب الكثير خاصة ومنهم من صحح ما ذكره الحاكم والاول أصح اه قال رحمه الله ﴿ويقسم العروض من جنس واحد﴾ لان اعتبار المعادلة في المعنى المالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزا فيملك القاضي الاجبار عليها قال رحمه الله ﴿ولا يقسم الجنسين والجواهر﴾ أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعتمد التراضي دون جبر القاضي ولهذا يفيد بالتراضي وأما الجواهر فلان جهالتها متفاحشة ألا ترى أنه لا يصلح غير المعين منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل ان اختلف جنسها لا يقسم وان اتحد يقسم كسائر الاجناس وفي العناية والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس ولا يقسمها جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن والكتان اذا اختلف بالصنعة كالقباء والجبة والقميص كذلك وفي مختصر جواهر زاده ولا يقسم السرج ولا الفرس ولا المصحف وفي التحرير بدلو أوصى لهما بصوف على ظهر غنم أو لبن في ضرع أو بما في بطون الغنم لا يقسم قبل الجز والحلب والولادة وفي الخانية اذا كان بين رجلين ثوب مخيط لا يقسم القاضي بينهم ولو غير مخيط فاقتسماها طولا أو عرضا جازت القسمة قال رحمه الله ﴿والرقيق والحمام والبئر والرحى الا برضاهم﴾ أما الرقيق فالمذكور هنا قول الامام وعندهما يجوز لاتحاد الجنس والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الابل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين وللامام ان التفاوت بينهما فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة بخلاف سائر الحيوانات لان الانتفاع بها لا يختلف الا شيئا يسيرا وذلك معتبر في القسمة ألا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان مختلفان ومن الحيوانات جنس

واحد ولا يجوز في القياس وقسمة الغنائم تجري في الأجناس ولا يلزم وهذا الخلاف فيما إذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شيء آخر من العروض وهم ذكور فقط أو إناث فقط وأما إذا كانوا مختلطين من الذكور والإناث لا يقسم بالإجماع لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد وإن كان مع الرقيق شيء آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعاً لغيرهم بالإجماع ويعرف القاضي بذلك النص وكم من شيء يدخل تبعاً وإن لم يجز دخوله قصداً وأما الحمام والبئر والرحى فلما ذكر من إلحاق الضرر بالكل ولو اقتسما الحمام أو البئر بأنفسهم جاز والكل واحد نوع منفعة بأن يتخذ نصيبه من الحمام بيتاً وإن طلبا جميعاً القسمة من القاضي هل يقسم فيه روايتان في رواية لا يقسم لأن القسمة تفوت منفعة وليس للقاضي ذلك لأنه يكون سفهاً يمكنه وفي رواية يقسم لأنهم رضوا بذلك وإليه أشار في الكتاب لأن فيه نوع منفعة كذا في المحيط وفي التتارخانية وإذا كانت قناة أو بئر أو نهر وليس معه أرض فأراد بعض الشركاء القسمة فإنه لا يقسم وإذا كانت أرض لها شرب قسم الأرض وترك الشرب والقناة والبئر كالشركة وفي الخلاصة ولكل منهم ما شرب به فإن كان يقدر كل واحد منهما أن يجعل أرضه شرباً من موضع آخر قسم ذلك كله فيما بينهم وفي الأصل لو كانت أنهاراً وآباراً الأرض مختلفة قسم الآبار والعيون والأراضي اهـ وفي النوادر ولو قسم البئر بالحبال جاز لأن التفاوت فيها قليل اهـ قال رحمه الله ﴿دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل على حدة﴾ أما الدور المشتركة فالمذكور هنا قول الإمام وقالا تقسم الدور بعضها في بعض إذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة أصلح لهم لأنهم جنس واحد نظراً إلى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى جنسان نظراً إلى اختلاف الأغراض وتفاوت السكنى وإذا قسم كل دار على حدة تضرر بقلة نصيبه وللإمام أن الدور أجناس مختلفة لاختلاف المقصود باعتبار المحال والجيران والقرب من المسجد فكان اختلافاً فاحشاً فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد في دار إلا بالتراضي والإبل والبقر والغنم يقسم كل جنس منها بانفراده ولا يجمع بين الأجناس كما ذكرنا بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والساحة كالدور لأنه بين البيت والدار فأخذ حظه من كل واحد منهما والدور في مصرين لا تقسم بالإجماع وأما الدور والضيعة والدار والحانوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاف وفي رواية الأصل ما يشير إلى أنه يجوز اهـ قال رحمه الله ﴿ويصور القاسم ما يقسمه﴾ أي يكتب على قرطاس ليمكنه حفظه قال في العناية يكتب أن نصيب فلان كذا وفلان كذا إن أرادوا رفع تلك الكاغدة إلى القاضي ليتولى الإقراع بينهم بنفسه قال رحمه الله ﴿ويعدله﴾ أي يسويه على سهام القسمة ويروى ويعزله حتى يقطعه بالقسمة عن غيره قال رحمه الله ﴿ويذرعه ويقوم البناء﴾ لأن قدر الساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتها ليمكنه التسوية في المالية ولا بد من ذرع الأرض وتقويم البناء قال رحمه الله ﴿ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه﴾ لأن القسمة تكميل المنفعة وبه يكمل لأنه إذا لم يفرز يبقى نصيب بعضهم متعلقاً بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الأفضل فإذا لم يفرزه أو لم يمكن جاز قال رحمه الله ﴿ويلقب الأنصباء بالأول والثاني والثالث ويكتب أسماءهم ويقرع فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني﴾ والقرعة لتطييب قلوبهم فلو أقسم الإمام بلا قرعة جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام فيه وكيفيته أن ينظر إلى أقل الأنصباء فيقدر به آخر السهام حتى إذا كان العقار بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس جعلها أسداساً لأنه أقل الأنصباء فيكتب أسماء الشركاء في بطاقات ويجعلها شبه البندقة ثم يخرجها حتى إذا شمعت وهي مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في كمه أو وعاء فيخرجها واحداً بعد واحد فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الأول ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني ومن خرج ثالثاً فله السهم الثالث إلى أن ينتهي إلى الأخير فإن خرج أولاً في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف فإن له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالأول وإن خرج ثانياً كان له كذلك من الجانب الذي يلي الأول وإن خرج ثالثاً كان له كذلك من الجانب الذي يلي الثاني وعلى هذا كل واحد منهم لا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام ولهذا لم يجز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق والمطلقة لأنا نقول لا يحصل الاستحقاق لأن الاستحقاق كان ثابتاً قبله وكان للقاضي ولاية إلزام كل واحد منهم وإنما القمار على زعمهم اسم لما يستحقون به ما لم يكن لهم قبل لا مثل هذه بل هذه مشروعة كما أخبر الله سبحانه وتعالى عن يونس وزكريا عليهم الصلاة والسلام كما قال الله تعالى إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل الآية وقوله تعالى فساهم فكان من المدحضين الآية ولقائل أن يقول بين أول كلامهم وآخره تدافع لأنهم صرحوا أولاً بأن مشروعية

استعمال القرعة فجائز استحسانا والقياس يأبى ذلك وقالوا آخرا ان هذا ليس بقمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكر أنه ثابت في الكتاب والسنة وهذا يدل على أنه لا يأباه القياس أصلا بل هو مقتضى القياس أيضا فليتأمل اهـ قال رحمه الله {ولا تدخل في القسمة الدراهم إلا برضاهم} يعني جماعة في أيديهم عقار فطلبوا القسمة وفي أحد الجانبين فضل على الآخر فأراد أحدهم أن يدفع عوضه من الدراهم والآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم في القسمة لأنه لا شركة له فيها وتفوت به المعادلة في القسمة لأن بعضهم يصل إلى عين المال المشترك في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى عليها التوى وإذا كان أرض وبناء فعن الثاني أنه يقسم باعتبار القيمة لأنه لا يمكن اعتبار التعديل فيه إلا بالقيمة وثم لأن تعديل البناء لا يمكن إلا بالمساحة والمساحة هي الأصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه قيمة البناء أو من كان أجود دراهم على الآخر فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم تملك تسمية الصداق ضرورة صحة التزويج وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة وإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الدراهم لأن الضرورة في هذا القدر ولا يترك الأصل وهو القسمة بالمساحة إلا بالضرورة وهذا يوافق رواية الأصل وفي المحيط ولو وقع القسمة على أن يرد أحدهما شيئا معلوما أو يحملوا أما أن يكون المشروط دراهم أو دنانير أو مكيلا أو موزونا أو عروضا أو حيوانا فإن كان المشروط دراهم معلومة جاز بأن كانت مشروطة لتعديل الأنصباء فيجوز بالتراضي وإن كانت الزيادة مشروطة لتقع القسمة على المفاضلة فيكون بيعا من كل وجه وجائز بتراضيهما وإن كانت الزيادة مكيلا أو موزونا ولم يسم مكان الإيفاء لم يجز عند الإمام وعندهما يجوز ويسلمها عند الدار كما في السلم وإن كانت الزيادة عروضا يجوز السلم فيها كالثوب جاز مؤجلا ولا يجوز حالا وإن كان عروضا لا يجوز السلم فيه لا وإن كان حيوانا بعينه جاز وبغير عينه لا يجوز ثلاثة بينهم دور صغرى وكبرى وأخذ أحدهم الكبرى على أن يرد على الآخرين دراهم مسماة جاز وكذلك لو أخذ الكبرى نصيبين والصغرى نصيبا جاز ولو اقتسموا الباب على أن من أصابه هذا يرد درهما ومن أصابه هذا يرد درهمين جاز ولو اقتسموا الأراضي على أن من أصابه شجر وبنى في أرضه فعليه بقيمته دراهم جاز ولو اقتسما على أن لأحدهما الصامت وللآخر العروض والنحاس والدين على أنه إن بقي عليه شيء من الدين يرد عليه نصفه فالقسمة فاسدة اهـ قال رحمه الله {وإن قسم ولأحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر لم يشترط في القسمة صرف عنه إن أمكن وإلا فسخت القسمة} لأن المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل بنصيبه وقطع أسباب تعلق حق الغير فإذا أمكن حصل المقصود وإلا لم يحصل فيفسخ والاستئناف لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا يفسخ ولا يفسد إذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق ومن مسيل طريق الماء لأن المقصود ملك الرقبة ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال ولا كذلك القسمة ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول وهو ما إذا أمكن صرفه عن الآخر بأن قال هي لك بحقوقه كان الجواب فيه مثل ما إذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه إن أمكن كما تقدم إلا إذا قال جعلت هذه الطريق بيته وشربه ومسيله سببه فلا يصرف عنه لأنه أثبت له بالنص وجوه الانتفاع بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص واختلفوا في إدخال الطريق في القسمة بأن قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركا مثل ما كان قبل القسمة ينظر فيه الحاكم فإن كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلا للقسمة وتحقيقا للإفراز من كل وجه وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم لتحقيق تكميل القسمة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض الباب وطوله أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه إن كان فوق الباب لا فيما دونه لأن باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد إلى المتفق عليه وفي هذا القدر كفاية في الدخول ولو شرطوا أن يكون الطريق في الدار على التفاوت جاز وإن كانت سهامهم في الدار متساوية لأن القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الأموال الربوية جائزة وإن كان ذلك أرضا رفع قدر ما يمر فيه ثور لوقوع الكفاية به في المرور ولم يذكر حكمه فيما إذا لم يكن له طريق وفي المحيط ولو اقتسموا دارا وأرادوا الطريق لأحدهم وقدر على أن يفتح في نصيبه طريقا يمر فيه لرجل دون الحمولة جازت القسمة لإمكان تحصيل منفعة وإن لم يقدر يفتحه إن لم يعلم أنه لا طريق له فالقسمة فاسدة وإن علم أنه لا طريق له جازت القسمة لأنه رضي بهذه القسمة دار في سكة غير نافذة اقتسموها على أن يفتح كل واحد بابا إلى السكة جاز ولا يمنعون منه لأنهم يتصرفون في خاص حقهم وهو الجدار ولا ضرر على غيرهم في ذلك مقصورة بين قوم طريقها في دار الآخر فقسموها فليس لكل واحد أن

يفتح بابا من المقصورة الى الدار وانما لهم طريق على مقدار الباب ولا يكون لهم حق المرور فيما سوى الطريق وان كان صحن المقصورة دارا لهم وقعت في قسمة رجل فأراد أحدهم أن يجعل الطريق الى داره في هذه المقصورة لم يكن له ذلك طريق مشترك بين جماعة ليس لواحد منهم أن يفتح بابا لدار أخرى لاحق لها في هذه الطريق ولو اقتسموا قرية فأصاب أحدهم قراح والآخر كرم والآخر بيوت جاز تراضيهم واذا اقتسما كرما وفيه عنب وثمر بشرط ان قالا على ان النصف لفلان بكل قليل وكثير وما فيه من الاعناب والثمار فهي مقسومة والا فهي على الشركة بينهما دار وفيها طريق لآخر لا يمنعهما عن قسمتها ويترك طريقه على عرض الباب العظمى فان باعوا الدار والطريق برضاهم ضرب صاحب الدار على مثلي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان الطريق بينهم اثلاثا اذا لم يعلم قدر الانصباء فيكون الثمن بينهم اثلاثا وكذا اذا كان رقبة الطريق لاثنين وللآخر حق المرور ومن مات منهم وتعددت ورثته اعتبر حقه بحق واحد وان لم يعرف ان الدار ميراث بينهما فالطريق على عدد الرؤس وقسمة الطريق على عدد الرؤس ولو كان فيها طريق من ناحية وطريق لآخر من ناحية أخرى تعزل لهما طريق واحدة والطريق الواحد يكفي للمرور ولو اقتسموا دارا وفيها كنيف شارع الى الطريق أو ظلة لم يحسب في ذرع الدار لان الظلة والكنيف ليس لهما حق القرار في طريق العامة بل مستحق النقض ومستحق النقض كالمنقوض ولكن ما بقي فهو على من وقع في حيزه ولا يحسبان في ذرعان الدار بعد قسمة الوالي ترك طريقا للعامة فرأى الوالي بعد ذلك أن يعطي الطريق لواحد فينتفع بها ولا يضر بأهل الطريق جاز ان كانت المدينة له وان كانت للمسلمين لم يجز اهـ قال رحمه الله ﴿وسفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل على حدة وقسم بالقيمة﴾ وهذا قول محمد وعليه الفتوى وقال الامام والثاني يقسم بالذرع لان القسمة بالذرع هي الاصل في المذروع والكلام فيه والعبرة بالتسوية في أصل السكنى كما في المراقي قال في العناية وصورتها علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة أو في دارين قيد بهذا لئلا يقال قسمة العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند الامام لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والاصطبل والسرداب وغيره فصارا كالجنسين فلا يمكنه التعديل الا بالقسمة وكيفية القسمة على قول الامام ذراع سفل بذراعين من العلو وقال أبو يوسف ذراع بذراع قيل أجاب كل منهما على عادة أهل عصره وقيل هو اختلاف حجة بينهم قال الامام لصاحب السفل منافع كثيرة ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى وأبو يوسف قال هما سواء في الانتفاع وتفسير المسئلة على قول الامام أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل فثلاثة وثلاثون وثلث من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث من السفل الكامل في مقابلة ست وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستين وثلثي ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من العلو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول الامام أبي يوسف أن يجعل بمقابلة شئ من السفل المجرد أو من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل ويقابل نصف العلو بنصف السفل لاستواء العلو والسفل عنده ويجعل بمقابلة شئ من السفل المجرد قدره من العلو المجرد وقال محمد يقسم على قيمة السفل والعلو فان كان قيمتهما على السواء يحسب ذراع بذراع وان كان قيمة أحدهما أعلى من الآخر يحسب الذي قيمته أعلى على النصف ذراع بذراعين من الآخر حتى يستويا في القيمة وفي الذخيرة فان قيل كيف يقسم العلو من السفل قسمة واحدة عند الامام ومن مذهبه ان البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة ان لم تكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة انهما كانا في دار واحدة والبناء في دار واحدة وانما يقسم عند الامام رضي الله تعالى عنه وان كانا في دارين بطريق التراضي فلهذا قيد في النهاية بما سبق وعلم من قوله قوم كل على حدة ان البناء لا يقسم بالذراع قال وان قسما دارا فانه يقسم العرصة بالذراع ويقسم البناء بالقيمة ثم هذا على ثلاثة أوجه فتارة يقسما الارض نصفين ويشترطا ان من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه نصف قيمة البناء وقيمة البناء معلومة أو اقتسموا ذلك وقيمة البناء غير معلومة فان اقتسموا الارض ولم يقتسموا البناء فان اقتسموا الارض وشرطا في البناء كما تقدم فيكون بيعا مشروطا في القسمة وهذا البيع من ضرورات القسمة فيكون له حكم القسمة فيجوز وان لم تعرف قيمة البناء واقتسموا كذلك جاز استحسانا ويفسد قياسا لجهالة ثمن البناء ووجه الاستحسان ان القسمة لاقت العرصة ولا جهالة فيها ومن وقع في نصيبه يملك على صاحب نصف البناء

القيمة فيها ضرورة وإن اقتسما الأرض ولم يقتسما البناء جازت القسمة ثم يتملك من وقع البناء في نصيبه نصف البناء بالقيمة لأنه
لا وجه لإبقاء البناء مشتركا لأن صاحب الأرض يتضرر به ولا وجه لدفع الضرر إلا بتملك الأرض وتملك البناء بالقيمة لأنه أقل
ضررا من تملك الأرض بالقيمة من غير رضا صاحبها كالغاصب إذا صبغ الثوب يتملك صاحب الثوب الصبغ دون صاحب الصبغ
كذا في المحيط هذا إذا اقتسما الأرض ولو وقع القسم في الأرض لواحد والبناء لآخر قال دار بين رجلين فاقتسما على أن يأخذ أحدهما
الأرض والآخر البناء ولا شيء له من الأرض فهذا على ستة أوجه إذا شرطا في القسمة على أن من له البناء يكون مشتريا نصيب صاحبه
من البناء بما ترك على صاحبه من الأرض فإن سكتا عن القلع أو شرطا ذلك جازت القسمة وإن شرطا الترك فالقسمة فاسدة
كذا في الكافي وفي الذخيرة يجب أن يعلم أن الملك لا يقع لواحد من الشركاء بنفس القسمة بل يتوقف ذلك على أحد معان إما
القبض أو قضاء القاضي أو القرعة اهـ وفي المحيط أرض ودار بين اثنين فأخذ أحدهما الدار والآخر الأرض على أن يرد صاحب
الأرض عليه عبدا قيمته ألف وقيمة الدار ألف وقيمة الأرض ألفان فباع صاحب الدار داره فاستحق علو بيت والبيت والعلو
عشر الدار يرجع المشتري على البائع بنصف عشر الدار ويملك الباقي فإن صاحب الدار يرجع بستة عشر درهما وثلثي درهم من
قيمة الأرض على صاحب الأرض عند الإمام وقال أبو يوسف يرجع بذلك في رقبتها قال رحمه الله {وتقبل شهادة القاسمين إن
اختلفوا} يعني إذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أنه استوفى نصيبه تقبل شهادتهما سواء كانا
من جهة القاضي أو غيره وهذا عند الإمام والثاني وقال محمد لا تقبل وهو قول الثاني أولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع
قولهما لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده على فعل فلان فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا
على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لأن فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة إلى الشهادة على التمييز وقال الطحاوي إن قسما بالأجرة
لا تقبل شهادتهما بالإجماع وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى
ولا تقبل قلنا هما لم يجرا بهذه الشهادة إلى أنفسهما نفعا لأن الخصام يوافقهما على إيفاء العمل وهو التمييز وإنما الخلاف في
الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل شهادته لأن شهادة الفرد غير مقبولة ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال فيقبل
قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكرا قال رحمه الله {ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه
شيئا في يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لا يصدق إلا ببينة} لأن القسمة من العقود اللازمة والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه
بعد تمامها فلا يقبل إلا بحجة وإن لم يقم بينة استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا بذلك فإذا أنكروا حلفوا عليه ولقائل أن يقول لو صح
هذا الدليل لوجب تحليف المقر له إذا ادعى المقر أنه كذب في إقراره مع أنه لا يحلف عند الإمام ومحمد الجواب أن يقال إن هذا إذا
أقر المقر له أن المقر كذب في إقراره ولو لم يقر المقر له أنه كذب في إقراره لزمه ذلك ولا يظهر فيه أنه لو أنكر استحلف كما لو قالوا فيما نحن
فيه لأنه إذا أنكر كان مصدقا في إقراره فافترقا ومن حلف منهم لم يكن عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب الآخر
المدعي فيقسم على قدر حقوقهما فيه قالوا وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لأنه متناقض وإليه أشار من بعد حيث شرط التحالف
إن لم يشهد على نفسه بالاستيفاء ويشير بذلك إلى أنه لو أشهد على نفسه بذلك لا يتحالفان لأن دعواه لم تصح للتناقض فإذا امتنع
التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض فكذا هنا قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد أن نقل ما نقل صاحب الهداية وينبغي إلى
آخره وفي المبسوط وقاضيخان ما يؤيد هذا اهـ قال وأما ما لا يوجب التحالف ويكون القول قول المدعى عليه مع يمينه وهو ما إذا
أقر كل واحد منهما بالاستيفاء ثم ادعى أحدهما على الآخر أنه غصب شيئا من نصيبه إلى آخر ما ذكرناه أولا قال وهكذا المكيل
والموزون والمذروعات إلا أن يكون في المكيل والموزون متى ثبت الغلط بالبينة لا تعاد القسمة بل يقسم الباقي على قدر حقهم لأنه
لا ضرر في قسمة الباقي فأما في الأشياء المتفاوتة تعاد القسمة ولا يقسم الباقي وفي النصر بدو الأصل وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب
بالقسمة وهو نوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف أن يدعي أحدهما غلطا في القسمة على وجه
لا يكون مدعيا للغصب بدعوى الغلط كمائة شاة بين رجلين اقتسماها ثم قال أحدهما لصاحبه أصابك خمس وخمسون غلطا وأنا خمس
وأربعون ولم تقم لواحد منهما بينة وهذا كله إذا لم يسبق منهما إقرار بالاستيفاء أما إذا سبق منهما إقرار بالاستيفاء لم تسمع إلا من
حيث دعوى الغصب وهي التي لا توجب التحالف اهـ قال رحمه الله {وإن قال استوفيت وأخذت بعضه كان القول قول الخصم

مع اليمين﴾ لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر والقول قول المنكر قال ولو اقتسما مائة شاة فقبضا ثم ادعى أحدهما على صاحبه أنك أخذت خمسة من نصيبي غلطا وأنكر الآخر وقال اقتسما على أن تكون لي خمسة وخمسون ولك خمسة وأربعون فالقول قوله مع يمينه لان القسمة قد تمت ثم ادعى أحدهما على الآخر أنه أخذ خمسة غلطا وأنكر الآخر فان قامت بينة عمل بها والا استحلف المدعى عليه كذا في المحيط في المسئلة الاولى هو مدعي الاخذ بطريق الغصب وفي هذه الاخذ بطريق الغلط فافترقا قال رحمه الله ﴿وان لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا في حظه ولم يسلم اليه تحالفا وفسخت القسمة﴾ لان الاختلاف فيما يحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في البيع والثمن اه ولا يخفى أنه يبدأ بيمين أيهما شاء ولقائل أن يقول التحالف في البيع فيما اذا كان قبل القبض على وفاق القياس كما في محله وأما بعد القبض فتحالف للقياس لان أحدهما لا يدعي على الآخر شيأ حتى ينكره الآخر فيحلف عليه والآخر يدعي ولكنا عرفناه في البيع بالنص وفيما نحن فيه التحالف تحالف للقياس لان كلا منهما ليس مدعيا وهو وارد في البيع بعد القبض على خلاف القياس وقد تقرر أن ما ورد على خلاف القياس وغيره عليه لا يقاس ولا يمكن الحاقه بطريق دلالة النص لان القسمة ليست في معنى البيع من وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا فليتأمل في الجواب قال فان أراد أحدهما القسمة بعد التحالف فليس له ذلك لانه لا يمكن لانها لا تكون الا بالقرعة وقد يقع نصيب أحدهما في جانب الآخر فيتضرر وقال في موضع آخر ولو أقام أحدهما بينة عمل بها ولو أقاما بينة عمل بالبينة التي هي أكثر اثباتا كذا في المحيط وفيه أيضا قسم القسام الدار وأعطى أحدهم أكثر من حقه غلطا ونبي جهلا فهم يستقبلون القسمة فان وقع البناء في قسم غيره دفع نقضه ولا يرجع على القاسم بقيمة البناء ويرجعون عليه بالأجر الذي أخذه واذا اقتسما دورا وأخذ أحدهما دارا والآخر أخرى ثم ادعى أحدهما غلطا وجاء بالبينة فانه ينقض القسمة اه قال رحمه الله ﴿ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ﴾ وهذا اذا كانت بقضاء القاضي فظاهر لان تصرفه مقيد بالعدل والنظر وأما اذا كان بالتراضي فقد قيل لا يلتفت الى قول مدعيه لان دعوى الغبن لا تعتبر في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وفيه يفسخ هو الصحيح ذكره في الكافي وفي العناية وهو الصحيح وعليه الفتوى واذا اقتسما دارا وأصاب كل واحد منهما طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة وان أقاما البينة فبينة المدعي مقدمة لانه الخارج وان كان قبل الاشهاد تحالفا وتفسخ ولو اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد منهما الجزء الذي في يد صاحبه لانه خارج فيه وبينة الخارج مقدمة وان أقام أحدهما بينة يقضى بها وان لم يقم لواحد منهما بينة تحالفا وترادا كما في البيع قال دعوى الغلط في القسمة نوعان ما يصح وما لا يصح وما يصح نوعان ما يوجب التحالف وما لا يوجب التحالف أما ما لا يصح وهو أن يدعي أحدهم الغلط في التقويم بغبن يسير وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ولا نفاذ القسمة به لانه لا يمكن الاحتراز عنه والذي يصح فيه الدعوى هو أن يدعي الغلط بغبن فاحش وهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين كذا في المحيط اه قال رحمه الله ﴿ولو استحق بعض شائع من حظه رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة﴾ وهذا عند الامام وظاهر عبارة المؤلف أن هذا حتم لكن قال في العناية ان شاء رجع بذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسما ثانيا عند الامام وقوله بقسطه يعني لو كان قيمة نصيبه ستمائة وقيمة الآخر مثله فاستحق نصف ما في يده رجع بنصف النصف وهو الربع وهو مائة وخمسون وقال الثاني تفسخ كذا ذكر الاختلاف في الجزء الشائع في الاسرار وغيره قيد بالشائع تحترزا عن المعين وذكر القدوري اذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه فالصحيح أن الاختلاف في الشائع وفي استحقاق البعض المعين لا تفسخ بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاجماع فهذه ثلاثة أوجه ومحمد مع الامام فيما حكاه أبو حفص ومع الثاني فيما حكاه أبو سليمان والاول أصح للثاني أن بالاستحقاق ظهر شريك آخر والقسمة بدونه لا تصح فصار كما لو استحق بعض الشائع في الكل بخلاف المعين لان ما وراء المستحق بقي مقررا على حاله ليس للغير فيه حق ولهما أن المقصود بالقسمة التمييز والافراز ولا ينعدم باستحقاق جزء شائع من نصيب الواحد ولهذا جازت القسمة في الابتداء على هذا الوجه بان كان البعض المتقدم مشتركا بين ثلاثة نفر والبعض المؤخر بين اثنين فاقتسم الاثنان على أن لاحدهما ما لهما من المتقدم وللآخر المؤخر أو اقتسما على أن لاحدهما ما لهما من المقدم وبعض المؤخر مقررا يجوز فكذا هذا بخلاف استحقاق الشائع في الكل لان معنى الافراز والتمييز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض ولو استحق نصيب أحدهم كله يرجع به على الشركاء ولو باع بعضهم بعض نصيبه شائعا ثم استحق بعض ما بقي شائعا كان له أن يرجع على الشركاء

بحسابه وسقط خيار الفسخ ببيع البعض وعند أبي يوسف يرجع على ما في أيديهم بحسابه ويضمنون حصتهم مما باع لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد مملوك وينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم ولو قسم الورثة التركة ثم ظهر دين محيط قيل للورثة اقضوا دين الميت فإن قضوه صحت القسمة وإلا فسخت لأن الدين مقدم على الإرث فيمنع وقوع الملك لهم إلا إذا قضوا الدين أو أبرأهم الغرماء فيصح لزوال المانع ولو كان الدين مستغرقا ٧ وكذا الجواب إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين فحينئذ لا تفسخ لعدم الحاجة ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه ولا تنتقض لأن الدين يتعلق بالذمة والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأي سبب كان لم تسمع دعواه لأن الإقدام على القسمة اعتراف بأن المقسوم مشترك قال ولو كان بينهما مائة شاة أخذ أحدهما أربعين قيمتها خمسمائة والآخر ستين قيمتها خمسمائة فاستحقت شاة من الأربعين قيمتها عشرة فإنه يرجع بخمسة دراهم في الستين ولا خيار له في نقض القسمة عند الإمام بخلاف الأرض وإن كان بينهما أربعون ثوبا ثلاثون رديئة أخذها وعشرة جيدة أخذها الآخر ثم عرفا أن أحد العشرة الجيدة وثوبا جارا لأن الزائد في مقابلة الثوب فإن استحق من الثلاثين عشرة رجع عليه بنصف الثوب وفي الزيادات يرجع عليه بثلث الثوب وفيه روايتان فقيل هذا قياس والأول استحسان كذا في المحيط وفي المنتقى ويستوي في هذا الحكم ما إذا وقعت القسمة بالقضاء أو بالرضا اهـ وفي السراجية دار بين اثنين اقتسماها نصفين وبنى كل واحد في نصيبه ثم استحقت لم يرجع واحد منهما على صاحبه بقيمة البناء وفي المحيط دار وأرض وقعت فيها القسمة فبنى أحدهما أو غرس ثم استحق أحد النصيبين لم يرجع بقيمة البناء والغرس على الآخر لأنه لم يصر مغرورا من جهته هذا إذا كانت القسمة لو امتنع أحدهما يجبر ولو كانت القسمة لو امتنع أحدهما لم يجبر كقسمة الأجناس المختلفة يرجع بقيمة البناء عند الاستحقاق لأن كل واحد منهما مغرور من جهة صاحبه لأنه ضمن له سلامة نصيبه وفي التجريد وكل قسمة وقعت باختيار القاضي أو اختيارهما على الوجه المذكور يجبرهم القاضي عليه إذا بنى أحدهما بناء أو غرس ثم استحق أحد النصيبين لم يرجع بقيمة البناء والغرس على الآخر اهـ قال رحمه الله ﴿ولو تهايآ في سكنى دار أو دارين أو خدمة عبد أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح﴾ يحتاج إلى تفسيرها لغة وشرعا وشرطها وصفتها ودليلها وحكمها أما دليلها فقوله تعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ومن السنة ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتناوبون في الركوب واجتمعت الأمة على جوازها ولأن التهايؤ قسمة المنافع فيصار إليها تكميلا للمنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة فكان التهايؤ جمعا للمنافع في زمان واحد وتفسيرها لغة فهي مأخوذة من التهيؤ وهو أن يهيئ كل واحد منهما لصاحبه ما شرط له وفي الشارح هي مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للتهيؤ للشيء وإبدال الهمزة ألفا فيها والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وأما تفسيرها شرعا فهي مبادلة معنى وليست بإفراز من كل وجه لأنها لا تجري في المثليات كالمكيل والموزون وأما شرطها أن يكون العين يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وصفتها أنها واجبة إذا طلبها بعض الشركاء ولم يطلب الشريك الآخر قسمة الأصل وقد تكون بالزمان وقد تكون بالمكان وتكلم العلماء فقالوا إن جرت في الجنس الواحد والمنفعة متساوية أو متفاوتة تفاوتا يسيرا فهي إفراز وإن جرت في الجنس المختلف كالدار والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز من غير رضاهم وفي الكافي ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما اهـ ولو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لأنه أبلغ ولو وقع التهايؤ فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم ويبطل التهايؤ لأنه أبلغ أما إذا تهايآ في سكنى دار واحدة على أن يسكن أحدهما نصفها والآخر النصف أو أحدهما العلو والآخر السفل جاز لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا التهايؤ وهو إفراز لا مبادلة لأنها لا تجوز في الجنس الواحد الربوي وقيل هو إفراز من وجه عارية من وجه ولا يخفى أن كلا القولين مشكل لأن كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيأخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور أن تكون إفرازا في الكل أو عارية في البعض والعارية غير لازمة والمهايأة لازمة فإن قيل جمع المنافع الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل إلى محل آخر فكيف يمكن القاضي جمعها فالجواب أن المراد ليس للقاضي أن يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد أن القاضي يعتبرهما جميعا ضرورة اهـ والأوجه أنه إفراز من كل وجه في التهايؤ في المكان ولهذا لا يشترط التأقيت وفي المهايأة في الزمان إفراز من كل وجه ولو اشتغل أحدهما

نصيبه جاز شرط في المهايأة أو لم يشترط لانه يجوز المهايأة في الاستغلال حال الانفراد فيجوز تبعا للمهايأة في السكنى كذا في المحيط
ولو تهايآ في دارين جاز ويجبر الآبي في ظاهر الرواية اعتبارا بالأعيان المتفاوتة فلو وضع أحدهما في داره شيأ أو ربط فيها دابة فعثر
به انسان ومات لا يضمن ولو بنى أو حفر فيها بئرا ضمن لان الاول من مرافق السكنى حتى يملكه المستعير فلا يكون متعديا في
نصيب شريكه فلا يضمن وفي البناء والحفر يكون متعديا في مقدار نصيب شريكه فيضمن ولا يضمن مقدار نصيبه ولو تهايآ
في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا أو يؤجرها وان زادت غلة أحدهما لا يشاركه الآخر في الفضل والفرق ان في
الدارين أمكن تصحيح قسمة المنفعة حقيقة ولو تهايآ في الزمان في الخدمة عبدا جاز لانها متعينة فيه لتعذر التهايؤ في
المكان والبيت الصغير كالعبد ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهم القاضي بالاتفاق وان
اختاروا من حيث الزمان يقرع في البداية تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة عن نفسه ولو تهايآ في عبدين على الخدمة جاز أما عندهما
فظاهر لان قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة وأما عند الامام فروي عنه انها لا تجوز الا بالتراضي لان قسمة الرقيق
لا يجري فيها الجبر عنده فكذا المهايأة والاصح ان القاضي يهايئ بينهما جبرا لطلب أحدهما لان المنافع من حيث الخدمة قلما
تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بينا ولو تهايآ على ان نفقة كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا
لان العادة جرت بالتسامح فيها بخلاف كسوة المماليك لانها لا يسامح فيها عادة وقيد بقوله خدمة عبد لانه لا يجوز التهايؤ في غلة
عبد واحد كذا في المحيط وقيد بقوله خدمة عبدين لانهما لو تهايآ في غلتهما لم يجز عند الامام وعندهما يجوز واذا استوت الغلتان
فلما ان تفاوت العبدين في الغلة يسير فيجوز عند الاستواء بخلاف العبد الواحد فانها فاحشة فان العبد المستأجر في الشهر الاول
لا يستأجر في الشهر الثاني بمثل ما استؤجر في الاول بل بزيادة وفي السراجية نخل بين شريكين اقتسما على ان يأخذ كل واحد منهما
طائفة يثمرها جاز اهـ وفي المنتقى جاريتان بين رجلين تهايآ على ان ترضع هذه ابن هذه سنتين وترضع هذه ابن هذه سنتين
جاز قالوا ولا يشبه هذا لبن البقر والابل وعلل فقال ألبان الانسان لا قيمة لها ولا تقسم وألبان البهائم تقسم ولها قيمة وفي الخانية
رجلان تواضعا في بقرة على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها كان باطلا ولا يحل فضل اللبن لاحدهما
وان جعله صاحبه في حل لان هذه هبة المشاع فيما يقسم الا أن يكون صاحب الفضل استهلك الفضل فاذا جعله صاحبه في حل كان
ابراء عن الضمان فيجوز اما حال قيام الفضل يكون هبة أو ابراء عن العين وهو باطل وفي الكافي غنم بين اثنين واتفقا على أن يأخذ
كل واحد منهما طائفة يرعاها وينتفع بألبانها لم يجز والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن
بالوزن المعلوم اهـ وفي الكافي ولو تهايآ في مملوكين استخداما فمات أحدهما أو أبق انتقضت المهايأة بخلاف ما اذا استخدمه
شهرا الا ثلاثة أيام لو أبق فيه ثلاثة أيام فانه ينتقض ولو أبق أحد الخادمين في خدمة من شرط له الخادم أو انهدم الحائط فلا ضمان
عليه اهـ ولو ولدت منه صارت أم ولد وانتقضت المهايأة كذا في المحيط ولو كان بينهما عبد وأمة فتهايآ فيهما صح ذلك كذا في
الاصل والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة لا يجوز عند الامام وعندهما يجوز وظاهر عبارة المؤلف انه يشترط لصحة التهايؤ اتحاد
المنفعة وفي المحيط ما يخالفه قال في المحيط ولو تهايآ في دار ومملوك على أن يسكن هذا الدار سنة والآخر يخدمه العبد سنة جاز استحسانا
اهـ قال رحمه الله ﴿وفي غلة عبد وعبدين أو بغل وبغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمر شجرة أو لبن شاة لا﴾ يعني لا يجوز في
هذه الاشياء التهايؤ أما في عبد واحد أو بغل واحد فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والظاهر التغير في الحيوان فتفوت
المعادلة بخلاف التهايؤ في استغلال دار واحدة حيث يجوز في ظاهر الرواية وقدمنا بيانه ولو زادت غلة الدار في نوبة أحدهما
يشتركان في الزيادة تحقيقا للمساواة بخلاف التهايؤ في المنافع فتعتبر المعادلة فيها الا في الغلة وبخلاف ما لو تهايآ في الاستغلال في الدارين
وفضلت غلة أحدهما حيث لا يشتركان لان معنى الافراز راجح في الدارين فلا تعتبر الغلة وأما لو تهايآ في استغلال عبدين أو بغلين
فالمذكور هنا قول الامام وعندهما يجوز لامكان المعادلة فيها وللامام أن التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة لعدم امكان قسمتها
ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لانه عين مال ولانه يتغير بالاستغلال بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير في العقار وجملة
مسائل التهايؤ اثنا عشر مسئلة في استخدام عبد جائز بالاتفاق وكذا في استخدام العبدين على الاصح وفي استغلال عبد واحد
لا يجوز بالاتفاق وكذا في غلتها وكذا في سكنى دارين وفي غلتهما خلاف والاظهر انه يجوز بالاتفاق وفي ركوب بغل أو بغلين على

الخلاف ولا يجوز في استخدام عبد واحد بالاتفاق وفي تعايين على الخلاف وأما التهايؤ في ثمر شجرة أو لبن غنم فلا لأنها أعيان باقية
ترد عليها القسمة عند حصولها ولا حاجة إلى التهايؤ لأن التهايؤ في المنافع ضرورة بخلاف لبن بني آدم حيث يجوز التهايؤ فيه
كما تقدم وتقدم بيان الحيلة في ذلك قال ولم يذكر في الكتاب المهايأة على لبس الثوبين قال بعض مشايخنا لا يجوز عند الإمام
خلافا لهما لأن الناس يتفاوتون في اللبس تفاوتا فاحشا كذا في المحيط ولو كان عبدان بين رجلين غاب أحدهما فجاء أجنبي وقاسم
الشريك وأخذ عبدا للغائب فقدم الغائب وأجاز فمات العبد في يد الأجنبي فلا ضمان عليه وإن مات قبل الإجازة بطلت القسمة
وللغائب نصف العبد الباقي وإن شاء ضمن حصته في الميت لشريكه أو للأجنبي القابض كذا في الأصل (فروع) قال في نوادر ابن
رستم إذا كان لأحدهما شجرة أغصانها مادة على قسمة الآخر فله أن يطالبه بقطع أغصانه رواه عن محمد وروى ابن سماعة
عن محمد ليس له ذلك وفي الذخيرة وبه يفتى وإذا أراد أحدهما أن يرفع بناءه ويسد الريح والشمس على الآخر قال نصر بن يحيى
وأبو القاسم الصفار لصاحبه أن يمنع من ذلك وقال في الفتاوى ليس له منعه وعليه الفتوى وإذا أراد أن يجعل داره طاحونا أو مدقا
للقصارين لم يكن له ذلك ولو تنورا أو صغيرا جاز والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(كتاب المزارعة)

لما كان الخارج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقب القسمة فهي لغة مفاعلة
من الزراعة وشريعة ما ذكره المؤلف وسببها سبب المعاملات وركنها الإيجاب والقبول وشرائط جوازها كون الأرض صالحة
للزراعة وكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد وبيان المدة فلو ذكر مدة لا يخرج الزرع فيها لم تجز المزارعة وصفتها أنها فاسدة
عند الإمام جائزة عندهما ودليلها ما روي أنه عليه الصلاة والسلام دفع الأرض لأهل خيبر مزارعة قال رحمه الله (هي عقد على
الزرع ببعض الخارج) فقوله عقد جنس وقوله على الزرع يشمل المزروع حقيقة وهو الملقى في الأرض قبل الإدراك فإنه جواهر
زاده أو باعتبار ما يؤول إليه بأن كانت فارغة وقوله ببعض الخارج فصل أخرج سائر العقود والمساقاة لأنها عقد على بعض الثمرة
وأطلق في العقد فشمل مع الأجنبي أو الشريك قال في فتاوى الفضلي أرض بين رجلين دفعها أحدهما للآخر مزارعة على أن
الخارج ثلثه للدافع وثلثان للعامل جاز في أصح الروايتين اهـ قال رحمه الله (وتصح بشرط صلاحية الأرض للزراعة وأهلية
العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وحظ الآخر والتخلية بين الأرض والعامل والشركة في الخارج) وهذا قول الثاني
والثالث وقال الإمام لا تجوز المزارعة لهما ما روي أنه عليه الصلاة والسلام دفع الأرض مزارعة لأهل خيبر على نصف ما يخرج
منها من ثمر أو زرع ولأنها عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر فتجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فإن
صاحب المال قد لا يهتدي إلى العمل والمهتدي إليه قد لا يجد المال فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد وللإمام ما روي أنه عليه
الصلاة والسلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة بالثلث والربع والذي ورد في خيبر هو خراج مقاسمة لا يقال هذا مخالف لما تقدم
في باب العشر والخراج من أن أرض العرب كلها عشرية لأنا نقول أرض خيبر ليست من أرض العرب لأنها لا يقر فيها على الكفر
فإن قلت هم يهود قلنا خيبر ليست داخلة في حدود أرض العرب وإذا فسدت المزارعة عنده يجب على صاحب البذر أجرة مثل
الأرض أو العمل والعامل لأنها نماء ملكه قال في العناية وهذا منقوض بمن غصب بذر آخر وزرعه في أرض فإن الزرع له وإن كان
نماء ملك صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان إضافة الحادث إلى عمله أولى والمزارع عامل
بأمر غيره فجعل الأمر مضافا إلى الآمر اهـ ولقائل أن يقول السؤال غير وارد والجواب غير صحيح أما أولا فقد تقرر أن الغاصب
ملك البذر بالمزارعة لشرعاء ملك الغاصب ولا ابراء والجواب لم يصادف محلا وقالوا الفتوى اليوم على قولهما لحاجة الناس
إليها ولتعامل والقياس يترك بمثل هذا والنص ورد بخلاف فيعمل به لأنه هو الظاهر عندهما ثم شرط في المختصر لجوازها
عندهما أن تكون الأرض صالحة للزراعة لأن المقصود لا يحصل بدونه وأن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقد لأن
العقد لا يصح إلا من الأهل وأن يبين المدة لأنه عقد على منافع الأرض أو العامل وهي تعرف بها ويشترط أن تكون المدة قدر
ما يتمكن فيها من الزراعة أو أكثر وأن لا يكون قدر لا يعيش إليه مثلهما أو أحدهما غالبا وعند محمد بن سلمة لا يشترط
بيان المدة ويقع على سنة واحدة وفي الخانية قال المشايخ يشترط بيان الوقت ويكون الزراعة على أول سنة والفتوى على

بيان المدة وان بقي بعد تمام السنة ما يمكن فيه الزراعة لا تبقى الزراعة وفي العتابية ولو ذكر مدة ان تخرج فان تخرج ظهر انه
صحيح والا فلا وان بين من عليه البذر لان المعقود وهو منافع العامل أو منافع الارض ولا يعرف الا ببيان من عليه البذر وان بين
جنس البذر لان الاجرة منه فلا بد من بيان جنس الاجرة وفي الذخيرة وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط
فوض الرأي الى المزارع أولم يفوض بعد ان ينص على المزارعة لان ذلك يصير معلوما باعلام الارض ومثله في الخانية وان بين نصيب
من لا بذر من جهته وهو المراد بالاجر لانه أجرة عمله وأرضه فلا بد ان يكون معلوما وان يخلي بين الارض والعامل لانه بذلك يتمكن
من العمل وعمل رب الارض مع العامل لا يصح وان يكون الخارج مشتركا بينهما لانه هو المقصود بها فتنعقد اجارة في الابتداء
وتقع شركة في الانتهاء وهذا لو شرط لاحدهما قفزانا مسماة فسدت لانه يؤدي الى قطع الشركة في البعض المسمى أو في الكل
أو لم تخرج الارض أكثر من ذلك وكذا اذا شرط ان يدفع قدر بذره لما ذكرنا بخلاف ما اذا شرط ان يرفع عشر الخارج أو ثلثه
والباقي بينهما لانه يؤدي الى قطع الشركة وهو يحصل ان يكون حيلة للوصول الى رفع البذر وقيدنا بقولنا بعض الخارج لانه
اذا كان الخارج كله لواحد منهما فليست بمزارعة قال رب الارض للمزارع ازرع أرضي ببذرك على ان الخارج كله لي فهذا
الشرط جائز ويصير العامل مقرضا للبذر من رب الارض ويكون العامل معينا له ٧ وفي العتابية ازرع لي في أرضك ببذرك جاز
ولو لم يقل لي والمسألة بحالها لم تجز وقال عيسى بن أبان يجب ان يكون كالاول ولو قال في المسألة على ان الخارج نصفان جاز قال
رحمه الله ﴿وان تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد
والباقي لآخر﴾ وهذه الجملة من جملة الشروط وانما كان كذلك لان من جوزها انما جوزها على انها اجارة ففي الصورة الاولى
يكون صاحب البذر والارض مستأجرا للعامل والبقر تبع له لاتحاد المنفعة لان البقر آلة له فصار كمن استأجر خياطا ليخيط له ثوبا
بابرة من عنده أو صباغا ليصبغ له بصبغ من عنده والآخر يقابل عمله دون الآلة فيجوز والاصل فيها ان صاحب البذر هو المستأجر
وتخرج المسائل على هذا كما رأيت وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستأجرا للعامل وحده بلا بقر باجرة معلومة من
الخارج فيجوز كما اذا استأجر خياطا ليخيط له قميصا باجرة بابرة من عند صاحب الثوب ٧ أوطما أو بالطين عزله من المستأجر
قال في العتابية الاصل ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة على منفعة الارض والعامل أما في الارض فاثر عبد الله بن عمر وتعامل الناس
وأما في العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر وتعامل الناس اه وفي الفتاوى دفع الزرع المدرك مزارعة
بالنصف للحفظ لا يجوز وفي غير المدرك يجوز كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده اه قال رحمه الله ﴿فان كانت الارض
والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر أو كان البذر لاحدهما والباقي لآخر أو كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر﴾ سيأتي الخبر
لما بين شروط الجواز في المزارعة شرع يبين الشروط المفسدة لها أما الاول وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد والعمل
والبذر لآخر فلان صاحب البذر استأجر الارض واشترط البقر على صاحب الارض فسدت لان البقر لا يمكن ان يجعل تبعا
للارض لان منفعة البقر الشق ومنفعة الارض الانبات وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد وروي في الامالي عن أبي يوسف
انها جائزة وفي الخانية والفتوى على الاول وأما الثاني وهو ما اذا كان البذر لواحد والباقي لآخر وهو العمل والبقر والارض فلان
العامل أجير ولا يمكن ان تكون الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما ووجهه ما تقدم وعن أبي يوسف انه جائز وفي الخانية لو كانوا
أربعة البقر من واحد والبذر من واحد والارض من واحد والعمل من واحد فهي فاسدة وفي شرح الطحاوي ولو دفع البذر
لمزارعه ليزرعه المزارع في أرضه على ان الخارج بينهما لا يجوز والحيلة ان يأخذ أرضه ثم يستعين صاحب البذر بصاحب الارض
في العمل فيجوز وفي النوازل رجل له أرض أراد أن يأخذ بذرا من الارض حتى يزرعه في أرضه ويكون الزرع بينهما فالحيلة في
ذلك ان يشتري نصف البذر بثمن معلوم ثم يقول له ازرعها بالبذر وهذه الحيلة تجري في كل صورة وقعت فاسدة اه وأما الثالث
وهو ما اذا كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر وهو العمل والارض فلما ذكرنا ان الارض لا يمكن جعلها تبعا للعمل لاختلاف
المنافع ففسدت المزارعة قال الشارح وههنا وجه آخر لم يذكر في الكتاب وهو ان يكون البقر من واحد والباقي من آخر قالوا هذا
فاسد وينبغي ان يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الارض وحدها والجواب عنه ان القياس ان لا تجوز المزارعة وانما
تركناه بالاثر وفي هذا لم يرد أثر اه قال ولو دفع أرضا على ان يزرع ببذر الزارع وبقره ويعمل معه ثالث والخارج أثلاث فالعقد

فاسدة بينهما وبين الأجنبي جائز بينهما ولرب الأرض من العامل نصف الخارج ولو كان المزارع الأول مالكا لمنفعة الأرض
بالاستئجار فصار كأن الأرض مملوكة ودفعها إلى العامل على أن يعمل معه لا يجوز لفوات التخلية بين الأرض والمزارع
وفساده في حق الثاني لا يوجب فساد المزارعة في حق الأول لأن المزارعة الثانية غير مشروطة في الأول والعقد لا يقتضي الاشتراط
فإن كانت الثانية مشروطة في الأول بأن دفع على أن يعمل الثاني معه فالثالث هل يجوز المزارعة في حق الأول قال بعض المشايخ تفسد
لأن الثانية صارت مشروطة لرب الأرض فإنه لا منفعة له في عمل الثاني مع الأول ولو كان البذر من رب الأرض والمسألة بحالها فالجواب
في حق الكل لأنه استأجر العامل ببعض الخارج وذلك جائز كذا في المحيط ولو دفع أرضه إلى رجل ليزرعها على أن الخارج
بينهما نصفين فالمسألة على وجهين الأول أن يكون البذر من قبل العامل الثاني أن يكون من قبل صاحب الأرض وعلى كل وجه
يكون على ثلاثة أوجه إما أن سكتا عن شرط البقر أو شرط البقر على العامل أو على رب الأرض فإن سكتا فالبقر على العامل كان
البذر منه أو من صاحب الأرض لأن البقر آلة العمل وإن شرطا البقر على صاحب الأرض فإن كان البذر من قبله يجوز وإن كان
من قبل الآخر فسدت كذا في الظهيرية وفي العتابية ولو قال رب الأرض ازرع لي أرضي ببذرك على أن يكون الخارج كله لك
فهذا فاسد والخارج لرب الأرض وللمزارع على رب الأرض مثل بذره وأجر مثل عمله ولو قال رب الأرض ازرع أرضي ببذرك على
أن يكون الخارج كله لك فهذا جائز ويكون الخارج لصاحب البذر ويكون صاحب الأرض معيرا لأرضه وفيما إذا دفع البذر
إلى رجل وقال ازرع على أن الخارج لك أو لي أو نصفين فهو فاسد اهـ قال رحمه الله ﴿ وإن شرطا لأحدهما قفزانا مسماة أو ما على
الماذيانات والسواقي أو أن يرفع رب البذر بذره أو يرفع من الخارج الخراج والباقي بينهما فسدت ﴾ يعني لو شرطا لأحدهما
قفزانا معلومة تفسد لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في المسمى كما تقدم أو مطلقه لاحتمال أن لا يخرج إلا هو والمراد أحدهما أو من يعود
نفعه إليه بالشرط فيما إذا اشترطا لأحدهما أو شرطا لغيرهما فهو لو شرطاه من الخارج لعبد أحدهما فلا يخلو إما أن يكون مشروطا
لعبد رب الأرض أو للعامل كسبه كالمكاتب والمعتق بعضه وكل قسم على وجهين إما أن يكون البذر من قبل رب الأرض أو من قبل
المزارع أما القسم الأول لو دفع أرضه وبذرا على أن ثلث الخارج لرب الأرض وثلثه لعبده وثلثه للعامل جاز وشرطا عمل العبد
أو لم يشترطا إلا أن ما شرط لعبده شرط لسيده وإن شرط عمل العبد فالمشروط للعبد حتى يقضي ديونه والمولى ممنوع من أخذه
فكان العبد كالأجنبي وإن كان البذر من المزارع فإن شرطا ثلث الخارج لعبد رب الأرض فالمزارعة جائزة إذا لم يكن على العبد
دين ولم يشترط عمل العبد والمشروط للعبد مشروط لمولاه وإن شرطا عمل العبد فسدت وإن شرطا عمل العبد ولا دين عليه فالمزارعة
فاسدة في ظاهر الرواية وإن كان عليه دين ولم يشترط عمل العبد فالمزارعة جائزة وإن شرطا عمل العبد مع ذلك فالمزارعة فاسدة
في ظاهر الرواية وأما إذا شرطا الثلث لمكاتب أحدهما أو قريبه أو أجنبي فإن كان البذر من قبل رب الأرض إن شرط عمله جاز
وقد تقدم بيانه هذا إذا شرطا قفزانا فإذا شرطا الخارج كله لأحدهما قال فلو شرطا الخارج كله لأحدهما إن كان البذر من قبل رب الأرض جاز
والخارج كله للمشروط له ويكون العامل متبرعا بعمله وإن شرطاه للعامل جاز ويكون رب الأرض معيرا أرضه ومستقرضا بذره فإن
كان البذر من المزارع وشرط جميع الخارج لأحدهما فهو على أربعة أوجه الأول أن يقول ازرع أرضي ببذرك فيكون الخارج
كله لي فهو فاسد والخارج كله لرب البذر وعليه أجر مثل الأرض الثاني أن يقول كله لك والمسألة بحالها جاز وصار معيرا أرضه منه
الثالث أن يقول ازرع أرضي ببذرك على أن الخارج بيننا نصفان والبذر قرض على رب الأرض والرابع أن يقول ازرع أرضي
ببذرك على أن يكون كله لي فهو فاسد والخارج كله لرب الأرض وصار مستقرضا للبذر وكذا في المحيط وأما إذا شرطا
لأحدهما ما على الماذيانات وهي مجرى الماء والسواقي أو يرفع رب البذر بذره أو يدفع الخراج فإنه يؤدي إلى قطع الشركة في
البعض أو الكل وشرط صحتها أن يكون الخارج مشتركا بينهما والمراد بالخراج الخراج الموظف كما ذكرنا أو نحو ذلك أما خراج
المقاسمة فلا يفسد اشتراطه لأنه لا يؤدي إلى قطع الشركة وهي حيلة لدفع رب البذر بذره ولو شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب فسدت
لاحتمال أن يصيب الزرع آفة فلا يخرج إلا التبن ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لأنه هو المقصود والتبن نصفان
ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب الأرض صحت لأنه شرط لا يخرجه العقد لأنه نماء ملكه ولو شرطا التبن للعامل فسدت لأنه شرط
يخالف مقتضى العقد وربما يؤدي إلى قطع الشركة بأن يصيب الزرع آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن قال والعشر عليهما

عندهما وعند الامام على صاحب الارض فان لم يأخذ الامام العشر فهو لصاحب الارض عند الامام وعندهما لهما ولو قال صاحب
الارض للعامل لا أدري ما يأخذ الامام العشر أو النصف لان النصف لي بعدما أخذ جازت عندهما كذلك في المحيط قال رحمه الله
﴿فان صحت فالخارج على الشرط﴾ لصحة الالتزام قال في المحيط وأما الزيادة والحط في المزارعة والمعاملة فالاصل ان كان المعقود عليه
بحال يجوز ابتداء المزارعة والمعاملة جازت الزيادة فيهما واذا زاد أحدهما الآخر في الخارج فان كان حال الزيادة قبل الاستحصاد وعظم
الباقي يجوز الزيادة لانه يجوز ابتداء العقد مادام فاذا الزيادة والا فلا والحط جائز في الحالين حالة قبل الزيادة و بعدها لانه اسقاط
ولو باع الارض المدفوعة مزارعة أو نخله معاملة فالبيع موقوف على اجازة المزارع والعامل فان بقي الى انتهاء المزارعة والمعاملة
ويخير المشتري ان شاء انتظر وان شاء فسخ ولم يعرض المؤلف لما اذا وقع في العقد أو علق ونحن نبين ذلك قال وفيه أيضا ولو دفع الارض
والبذر بنفسه على ان يزرعها بنفسه بكراب فللعامل ربع الخارج وان كربها فثلثه وان كرب وثنى فنصفه جاز ماشرطاه وكذا لو كان
البذر من جهة المزارع القسم الثاني دفع الارض على أن يزرعها حنطة فالخارج كذا وان زرعها شعيرا فكذا وان زرعها
سمسما فكذا فهذا على أربعة أوجه اما ان قال ازرعها أو زرعت فيها أو زرعت منها أو زرعت بعضها فالمزارعة في الاولين جائزة
لانه خيره بين العقود الثلاثة فان زرع شيأ من الاصناف الثلاثة فالخارج على ماشرطاه ولو قال ما زرعت منها أو بعضها فالمزارعة
فاسدة لانه ان زرع البعض حنطة والبعض شعيرا وسمسما فذلك البعض مجهول ولو كان البذر من قبل العامل وشرط ان زرعها
حنطة فبينهما نصفان وان زرعها شعيرا فذلك للعامل جاز استحسانا وهو في الاول مزارعة وفي الثاني اعارة الارض ثم ذكر محمد
التخيير بين ثلاثة ولم يذكر هل يجوز التخيير في أكثر من ذلك روى هشام انه لا يجوز القسم الثالث دفع الارض على ان يزرعها
بذره في أول جمادى الاولى فالخارج نصفان وان أخره فثلث للمزارع فالشرطان جائزان عندهما و بيان الدليل يطلب فيه اه
قال رحمه الله ﴿فان لم يخرج شئ فلا شئ للعامل﴾ لانها اما اجارة أو شركة فان كانت اجارة فالواجب في العقد الصحيح منها المسمى
وهو معدوم فلا يستحق غيره وان كان شركة فالشركة في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة
ولم تخرج الارض حيث يستحق أجر المثل في الذمة وعدم الخروج لا يمنع وجوبه قال في العناية واستشكل بمن استأجر أرضا
بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه يجب للمستأجر أجرة المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى
وهلك الاجر وأجيب بان الاجر هنا هالك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي تفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض
لفروعه والاجر المقبوض الى الاجر لا يجب للآخر شئ وكذا اجابوا ولنا ان يقول هذا الجواب غير مستقيم في صورة استئجار الارض
فان رب الارض لا يقبض البذر الذي تفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا للفرع قال رحمه الله ﴿ومن أبى عن المضي أجبر
الا رب البذر﴾ لانه انعقدت اجارة والاجارة عقد لازم غير انها تفسخ بالعذر فان امتنع صاحب البذر عن المضي فيها كان
معذورا لانه لا يمكنه المضي الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولا يدري هل يخرج أم لا فصار نظير ما لو استأجره لهدم داره
ثم امتنع وان امتنع العامل أجبر على العمل وان امتنع رب البذر والارض من قبله بعدما كرب الارض فلا شئ له في عمل الكراب
في القضاء لان عمله انما يتقوم بالعقد وقد قوم بجزء من الخارج ولا خارج و يلزمه فيما بينه و بين الله تعالى أجر مثله كيلا يكون
مغرورا من جهته لانه يتضرر به وهو مدفوع فيكتفي بارضائه بان يوفيه أجر مثله قال رحمه الله ﴿وتبطل بموت أحدهما﴾ لانها
اجارة وهي تبطل بموت أحد المتعاقدين اذا عقدها لنفسه وقد بيناه في الاجارة وهذا الاطلاق جواب القياس وفي الاستحسان
اذا مات وقد نبت الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يحصد الزرع ثم تبطل في الباقي لان في ابقائه هذه المدة مراعاة الحقين فيعمل
العامل أو وارثه على حاله فاذا حصد يقسم على ماشرطاه ولا ضرورة في الباقي ولو مات رب الارض قبل الزرع بعدما كرب الارض
وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس في ذلك اتلاف مال على الزارع ولا شئ للعامل بمقابلة العمل لانه يتقوم بالخارج ولا خارج
ولا يجب شئ بخلاف المسألة الاولى حيث يفتى بارضائه لانه مغرور من جهته باختياره واذا كان على رب الارض دين ولم يقدر
على قضائه الا ببيع الارض فسخت المزارعة قبل الزرع و بيعت بالدين ولا شئ للعامل عليه في الكرب وحفر الانهار ولو نبت الزرع
ولم يحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال و يخرجه القاضي
من الحبس ان كان حبسه به لانه لما منع من بيع الارض لم يكن مماطلا والحبس جزاء المماطلة وفي الذخيرة لو مات رب الارض بعد

الزرع قبل الممات هل تبقى المزارعة قال بعضهم تبقى وقال بعضهم لا تبقى فتنفسخ وفيه أيضا وهل يحتاج في فسخ المزارعة الى قضاء القاضي قيل وفي رواية الزيادات يحتاج الى القضاء أو الرضا وفي رواية كتاب المزارعة لا يحتاج الى القضاء أو الرضا اهـ ولو مات المزارع والزرع بقل ولورثته القيام عليه حتى يدرك صيانة لحقهم فان أبوا على ذلك لم يجبروا لانهم لم يلتزموا العقد ذلك ورب الارض بالخيار ان شاء أعطى قيمة نصيبهم وان شاء قلع وان شاء أنفق عليه حتى يستحصد ويرجع بحصة الزارع في النفقة فيه كذا في المحيط قال رحمه الله ﴿فان مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى الزارع أجر مثل أرضه حتى يدرك﴾ يعني يجب على العامل أجر مثل أرض الآخر حتى يستحصد وظاهر العبارة انه يجب عليه جميع الاجرة وليس كذلك ولو قال في نصيبه لكان أولى وأسلم لان العقد قد انتهى بمضي المدة وفي القلع ضرر فتبقيناه بأجر المثل الى أن يستحصد فيجب على غير صاحب الارض بحصته من الاجرة لانه استوفى منفعة الارض بقدره بخلاف ما لو مات قبل ادراك الزرع حيث يترك الى الحصاد ولا يجب على المزارع شيء لانا أبقينا عقد الاجارة هنا استحسانا فأمكن استمرار العامل على ما كان من العمل أما هنا لا يمكن الابانقضاء المدة فتعين ايجاب أجر المثل بالابقاء وكان العمل ونفقة الزرع ومؤنة الحفظ وكرى الانهار عليهما بخلاف ما اذا مات قبل الادراك حيث يكون الكل على العامل ولو أنفق أحدهما على الزرع بغير أمر القاضي وبغير أمر صاحبه فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه وهو غير مضطر الى ذلك لانه يمكنه أن ينفق بأمر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشتركة ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر ولو أراد الزارع أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع ان شئت فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو انفق أنت على الزرع وارجع عليه بما أنفقت عليه دفعا للضرر عنه قيل ولا يضمن المزارع أجر مثل الارض لانه لما رضي بالقلع حتى لم تبق الاجارة بينهما ولو غاب المزارع بعدما زرع فأنفق رب الارض الى الادراك بأمر القاضي رجع ولا سبيل للمزارع على الزرع حتى يعطيه النفقة كلها لان الزارع لو كان حاضرا كان الكل عليه فكذا الوغاب ولو اختلفا في النفقة فالقول قول الزارع مع يمينه لانه منكر واذا انقضت المدة قبل الادراك فمن أنفق منهما بغير اذن القاضي فهو متطوع وان أنفق بأمر القاضي رجع بنصف ما أنفق زرع المزارع ونبت فاستحقت الارض لم يستحق القلع لانه ظهر أنهما غاصبان ثم الزارع ان شاء ضمن الدافع نصف قيمة الزرع نابتا وان شاء قلع معه وان استحقت مكروبة قبل الزرع لا شيء للعامل هذا اذا كان البذر من جهة العامل فان كان البذر من جهة رب الارض لم يذكره محمد وقالوا يعطران كان الاستحقاق قبل الزراعة فلا شيء للعامل وان استحقت بعد الزراعة ان شاء قلع معه وان شاء رجع على الدافع قيل بأجرة مثل عمله كما لو دفع كرما معاملة ثم استحق يرجع عليه بأجر مثل عمله وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني يرجع عليه بقيمة نصيبه من الزرع ولو أجاز المستحق المزارعة هل يصح قالوا ان كان البذر من جهة رب الارض لا يصح لان العقد لم يرد على ملك المستحق وان كان البذر من جهة العامل تصح اجازته قبل الزراعة وبعدها لا تصح كذا في المحيط قال رحمه الله ﴿ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما كأجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية﴾ تجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة كما يجب عليهما أجرة الحصاد والرفع والدياسة والتذرية مطلقا من غير قيد بانقضاء مدة المزارعة أما نفقة الزرع بعد انقضاء المدة فلما بينا وأما وجوب الحصاد وما ذكره لان عقد المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج اليه الى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك فيبقى ذلك مشتركا بينهما فيجب عليهما قال رحمه الله ﴿فان شرطاه على العامل فسدت﴾ يعني شرطا العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد وما ذكرناه على العامل أو النفقة فسدت لانه شرط لا يقتضيه العقد وانما قلنا ذلك لان العقد يقتضي عمل المزارع وهذه الاشياء ليست من أعمال المزارعة فكانت أجنبية فيكون شرطها مفسدا كشرط الحمل والطحن على العامل قال في الذخيرة وهو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف انها تصح مع اشتراط ذلك على العامل ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية ويزيدون على هذا ويقولون ويجوز شرط السقية والحمل الى منزله على العامل لان المزارعة على هذه الشروط متعاملة بين الناس ويجوز ترك القياس بالتعامل واختار شمس الأئمة رواية أبي يوسف وقال وهو الاصح في ديارنا ولو شرط الجذاذ على العامل والحصاد على غير العامل لا يجوز بالاجماع لعدم التعامل ولو أراد فصل القصيل أوجد التمر بسرا أو التقاطه الرطب كان ذلك كله عليهما وفي الاصل واذا أدرك الباذنجان أو البطيخ فالتقاط ذلك عليهما والحمل والبيع عليهما وكذا الحصاد عليهما اهـ وفي التتارخانية وكل عمل يربي الزرع ولا بد للزارع منه يجب على المزارع شرط عليه ذلك أو لم يشترط عليه ذلك كالسقي وغيره اهـ والله أعلم

﴿ كتاب المساقاة ﴾

قال في غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لأن المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي في مختصره كتاب المساقاة على كتاب المزارعة إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد كانت الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة اهـ ولك أن تقول وجه المناسبة أن في كل منهما دفعا إلا أن في المزارعة دفع الأرض وهي الأصل وفي المساقاة المقصود دفع الأشجار وهي فرع فقدم الأصل وهو دفع الأرض وهي في اللغة مفاعلة من السقي وسبب جوازها حاجة الناس إليها وركنها الإيجاب والقبول والارتباط ودليلها ما تقدم في المزارعة وشرطها كون العاقد والساقي من أهل العقد وشرط صحتها كون الثمرة بينهما بعد العمل وصفتها أنها جائزة وحكمها وجوب الشركة في الخارج وعند الفقهاء ما سنذكره قال رحمه الله ﴿هي معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمرة بينهما﴾ فقوله معاقدة جنس وقوله دفع الأشجار أخرج البيع لأنه عقد تمليك العين لا دفعها وقوله إلى من يعمل فيها أخرج الإجارة لأنها وإن كانت فيها دفع للانتفاع لا ليعمل فيها وقوله على أن الثمرة بينهما أخرج المزارعة وأطلق من يعمل فشمل الشريك وغيره ولو أراد الأجنبي ليعمل فيها الحال كان أولى لأنه لو دفع أحدهما للآخر وهما مالكان لا يصح قال في فتاوى الفضلي إذا كان النخل بين اثنين فدفع أحدهما لصاحبه معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه ومهما خرج فهو بينهما أثلاثا ثلثه للدافع وثلثاه للعامل فهذه المعاملة فاسدة ولو كان مكانها مزارعة بأن كانت أرض بين اثنين ودفعها أحدهما لصاحبه مزارعة على أن الخارج ثلثه للدافع وثلثاه للعامل جاز على أصح الروايتين اهـ قال رحمه الله ﴿وهي كالمزارعة﴾ يعني لا تجوز عند الإمام وتجوز عندهما وشرطها عندهما شروط المزارعة في جميع ما ذكرنا إلا في أربعة أشياء أحدها إذا امتنع أحدهما يجبر لأنه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة على ما تقدم الثاني إذا انقضت المدة يترك بلا أجرة على ما سيأتي بخلاف المزارعة الثالث إذا استحق النخل يرجع العامل بأجرة مثله والزارع بقيمة الزرع والرابع في بيان المدة فإذا لم يبين المدة فيها يجوز استحسانا لأن وقت إدراك الثمرة معلوم وقلما يتفاوت فيه فيدخل ما هو المتيقن به وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار لأن لها نهاية معلومة فلا يشترط فيها بيان المدة بخلاف الزرع لأن ابتداءه مختلف ولا انتهاء يبنى عليه فتدخل الجهالة الفاحشة وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوة الأرض وضعفها تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفه إلى أول ثمر يخرج منه وبخلاف ما إذا دفع نخلا أو أصول رطبة على أن يقيم عليها حتى يذهب أصولها وينبتها لأنه لا يعلم متى ينقطع النخل أو الرطب لأن الرطب ينمو ما دامت أصولها فتكون مجهولة فتفسد المساقاة وكذا إذا أطلق في الرطبة ولم يرد في قوله حتى يذهب بخلاف ما إذا أطلق في النخل حيث يجوز وينصرف إلى أول ثمرة تخرج منه والفرق أن ثمر النخل لإدراكه وقت معلوم فينصرف إليه ولا يعرف في الرطبة أول جزه منه حتى لو عرف جاز لعدم الجهالة ولو أطلق في النخل ولم يثمر في تلك السنة انقطعت المعاملة وفيها لا انتهاء مدتها فإن سمى فيها مدة يعلم أن الثمرة لا تخرج في المدة فسدت المساقاة لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار وإن ذكر مدة يحتمل الطلوع فيها جازت لعدم التيقن بفوات المقصود ثم إن خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وإن تأخر فللعامل أجر مثله لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة فصار كما لو علم ذلك ابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لأن الذهاب بآفة سماوية فلا يتبين أن العقد كان فاسدا فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه وفي الخلاصة وإن ذكر مدة قد يخرج وقد لا يخرج فهي موقوفة إن أخرجت في المدة صحت وإن لم تخرج فسدت وهذا إذا أخرجت في المدة المعروفة ما يرغب في مثله فإن أخرجت في شيء لا يرغب في مثله فهي فاسدة اهـ وفي المحيط ولو دفع إليه رطبة ثابتة في الأرض وقد انتهى جوازها لكن بذرها لم يخرج ليقوم ليخرج البذر على أن البذر بينهما نصفان ولم يسميا وقتا جاز لأنه جعل الأجرة بعض ما يخرج من عمله ولو شرطا أن الرطبة بينهما نصفان لم تجز لأنه استأجره ببعض ما وجد قبل عمله مقصودا وفي جامع الفتاوى ولو دفع أرضا معاملة خمسمائة سنة لم تجز وإن شرط مائة سنة وهو ابن عشرين سنة جاز وإن كان أكثر من عشرين سنة لم تجز اهـ قال رحمه الله ﴿وتصح في الكرم والشجر والرطب وأصول الباذنجان﴾ وقال الشافعي رحمه الله تعالى في الجديد لا تجوز إلا في الكرم والنخل ولنا ما روي عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على ما يخرج من ثمر وهذا مطلق فلا يجوز قصره على بعض الأشجار دون بعض لأنه تقييده فلا يجوز بالرأي وفي فتاوى أبي الليث دفع كرما معاملة وفيه أشجار

لا يحتاج إلى عمل سوى الحفظ فإن كان بحال لو لم يحفظ يذهب ثمرها قبل الإدراك لا تجوز المعاملة في تلك الأشجار ولا نصيب
للعامل فيها وفي التجريد رجل دفع نخلا إلى رجلين معاملة على أن لأحدهما السدس وللآخر النصف ولرب الأرض الثلث فهي
جائزة ولو شرطوا لصاحب النخل الثلث وللآخر الثلثان وللثالث أجر مائة على العامل فهذا فاسد والخارج كله لرب النخل
ويرجع العامل الذي شرط له الثلثان على رب النخل أو لرب النخل الثلثان وللثالث الثلث فهي جائزة وفي جامع الفتاوى لو دفع
إلى رجلين جاز عند أبي يوسف ولا يجوز عند الإمام وفي شرح الطحاوي ولو أن رجلا دفع أرضه معاملة على أن يغرس العامل فيها
أغراسا والغراس يكون بينهما فهذا يجوز فإذا انقضت المدة فلرب الأرض أن يطالبه بقلع الأشجار وليس له أن يتملكها بغير
رضا المستأجر إلا إذا نقص القلع بالأرض فإن كان نقصها ضررا فاحشا فله أن يتملكها بغير رضاه وفي الفتاوى العتابية إذا دفع أرضه
للغرس على أن الغراس بينهما فإن كان الغراس من جانب صاحب الأرض فغرس فالغراس كله لصاحب الأرض وإن كان للعامل
وقال له اغرس فالغراس لصاحب الأرض وللعامل عليه قيمتها اهـ وفي فتاوى أبي الليث لو غرس حافتي نهر فقال رجل غرست لي
لأنك كنت عندي وفي عيالي وقال الغارس لنفسي فإن عرف أن الغارس كان وقت الغراس في عياله يعمل له مثل هذا العمل
فالشجر له وإن لم يعرف ذلك فللغارس ذلك اهـ قال رحمه الله ﴿فإن دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمر يزيد بالعمل صحت وإن
انتهت لا كالمزارعة﴾ لأن العامل لا يستحق إلا بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي ولو جاز بعد الإدراك لا يستحق إلا بلا عمل
ولم يرد به الشرع ولا يجوز إلحاقه بما قبل التناهي لأن جوازه قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة إلى مثله فبقي على
الأصل قال رحمه الله ﴿فإذا فسدت فللعامل أجر مثله﴾ لأنها في معنى الإجارة كالمزارعة إذا فسدت وقد تقدم بيانه قال رحمه الله
﴿وتبطل بالموت﴾ لأنها في معنى الإجارة كالمزارعة فإن مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم
عليه قبل ذلك إلى أن تدرك الثمرة وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحسانا كما في المزارعة لأن في منعه إلحاق الضرر به فيبقى
العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الورثة ولو التزم العامل الضرر يخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن
يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يدرك فيرجعون على العامل بحصته من الثمر لأنه ليس له إلحاق الضرر به
كما في المزارعة هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وفي رجوعهم في حصته إشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لأن العامل
إنما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا إذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه ولو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي
إلى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لأنه يؤدي إلى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة
وهذا الإشكال وارد في المزارعة أيضا كذا في الشارح وأجاب بعض الأفاضل بأن المعنى يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا
لا بحصته كما يوهمه فيرد على هذا المجيب بأن المنقول في الكافي للعلامة النسفي وفي الحاكم الشهيد ما نص عبارته ويرجعون بنصف
نفقتهم في حصة العامل كما في المزارعة اهـ فحمله غير صحيح ونقل في التتارخانية في فصل الموت في المزارعة إذا أنفق ورثة رب الأرض
بأمر القاضي يرجعون على المزارع بجميع النفقة مقدرا بالحصة وإذا أنفق رب الأرض بإذن القاضي يرجع بنصف النفقة اهـ ولا
يخفى أن المعاملة والمزارعة من باب واحد فمقالة الشارح ظاهرة ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وليس لرب الأرض أن
يمنعهم من ذلك لأن فيه النظر من الجانبين فإذا أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاث التي ذكرناها
وإن ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خيار في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك فيورث
بخلاف خيار الشرط فإن أبوا ورثة العامل أن يقيموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض على ما ذكرنا وإذا انقضت مدة العامل
وكان الخارج بسرا أخضر فهو كالمزارعة إذا انقضت مدتها فللعامل أن يقيم عليها إلى أن تنتهي الثمار كما كان ذلك للمزارع لكن هنا
لا يجب على العامل أجر حصته إلى أن يدرك لأن الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة حيث يجب على المزارع أجر مثل الأرض
إلى أن يدرك الزرع لأن الأرض يجوز استئجارها وكذا العمل كله على العامل هنا وفي المزارعة عليهما لأنه لما وجب أجر مثل الأرض
بعد انتهاء المدة في المزارعة لا يستحق العمل عليه كما كان يستحق قبل انتهائها قال رحمه الله ﴿وتفسخ بالعذر كالمزارعة﴾ بأن يكون
العامل سارقا أو مريضا لا يقدر على العمل لأنها في معنى الإجارة وقد بينا أنها تفسخ بالأعذار وكونه سارقا عذر ظاهر لأنه يسرق الثمر
والسعف ويلحق الأشجار الضرر ولو أراد العامل ترك العمل لا في الصحيح وقيل يمكن وقيل لا يمكن بالاتفاق قال أصلها أن المزارعة لازمة
من جهة من لا بذر منه غير لازمة من جهة رب البذر ثم مسائلها على ثلاثة أقسام قسم في الموت وقسم في فسخ العقد من قبله بالدين وقسم

في انقضاء المدة وإذا أراد رب الأرض أن يفسخ العقد وليس من قبله البذر قبل العمل ليس له ذلك إلا أن يكون عليه دين لا وفاء إلا منه
فإن باعها بالدين لم يكن عليه من نفقة العامل شيء في حفر الأنهار وإصلاحها إلا أن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد أو شبهه ولم يوجد ذلك وإن
كان البذر من قبله بأن يكون مستأجرا للأرض فإن نبت الزرع لا تباع حتى يستحصد لكن القاضي يخرجه من الحبس ولا يحول
بينه وبين الغرماء لأن في البيع إبطال حق العامل وفي ترك البيع تأخير حق رب الدين والتأخير أهون من الإبطال ولو زرع
ولم ينبت فقد اختلفوا فيه قيل لصاحب الأرض بيعها بالدين لأنه ليس للزرع في الأرض حق قائم لأن إلقاء البذر استهلاك وقيل ليس
له البيع لأن إلقاء البذر من الاستنماء وليس باستهلاك وأما القسم الثاني وهو ما لو دفعها إليه ثلاث سنين ثم مات رب الأرض في الأولى
قبل الحصاد بقي الزرع حتى يستحصد استحسانا فإذا حصد ينفسخ في السنتين الباقيتين ولو مات قبل الزرع بطلت المزارعة فإن
مات بعد الزراعة قبل النبات اختلفوا فيه على نحو ما ذكرنا في الدين ولو مات المزارع والزرع بقل فقد قدمنا بيانه وعلى هذه فروع
ذكرناها تتميما للفائدة ولو دفع أرضا بيضاء على أن يغرس فيها نخلا وشجرا على أن ما خرج من شجر أو نخل فهو بينهما نصفين
وعلى أن الأرض بينهما نصفين فهذا فاسد فإن فعل فما خرج من الأرض جميعه لرب الأرض وللغارس أجر مثل عمله دفع أرضا على
أن يغرسها المدفوع إليه لنفسه ما بدا له ويزرعها من عنده ما بدا له على أن الخارج نصفان بينهما وللعامل على رب الأرض مائة
درهم فهو فاسد والخارج للغارس ولرب الأرض أجر أرضه ولو كان البذر والغراس من رب الأرض على أن يغرس ويبذرهما بينهما
والخارج نصفان بينهما ولرب الأرض على العامل مائة درهم فهو فاسد والخارج لرب الأرض وللعامل أجر مثله وتوجيهه يطلب من
المحيط واشتراط العمل في المعاملة والمزارعة على أقسام أحدها أن يشترطا البعض على العامل وسكتا عن الباقي أو شرطا بعضه على
الدافع وسكتا عن الباقي أو شرطا بعضه على الدافع وبعضه على العامل وكل قسم على قسمين الأول لو شرطا البعض على العامل
وسكتا عن الباقي فإن كان المسكوت عنه لا يخرج من ذلك شيء إلا به أو يخرج شيء لا يرغب في مثله فالمعاملة فاسدة والثاني لو شرطا على
نفسه السقي والحفظ لا غير فالمزارعة فاسدة إذا علم أن السقي لا بد منه الثالث لو شرط السقي على رب النخل والحفظ والتلقيح
على العامل لم يجز والمزارعة كالمعاملة في هذه الأحكام إذا كان البذر من رب الأرض وتوجيهه يطلب من المحيط وأما المزارعة إذا
شرط فيها المعاملة فالمعاملة متى شرطت في المزارعة بأن دفع أرضا فيها نخل على أن يزرعها من بذره بالنصف وعلى أن يعمل في النخل
ويسقيه ويلقحه بالنصف فإنه ينظر إن كان البذر من قبل العامل فسدت لأنهما عقدان اشترط أحدهما في الآخر وإن كان البذر
من قبل رب الأرض جاز لأنه عقد واحد لأنه استأجره ليعمل في أرضه ونخله وتوجيهه يطلب من المحيط وأما لو دفع المزارع أو العامل
الأرض أو النخل لغيره مزارعة أو معاملة فهي على وجهين إما أن يكون البذر من قبل رب الأرض وفي هذا لا يملك أن يدفع الأرض
مزارعة أو معاملة إلا أن يأذن له رب البذر في ذلك أو يقول له اعمل برأيك ولكن له أن يستأجر أجيرا من ماله لإقامة عمل المزارعة
وإن قال رب البذر اعمل فيه برأيك جاز له أن يدفعها لغيره مزارعة وإذا لم يأذن له ولم يقل اعمل برأيك فدفعها لغيره مزارعة
فصار غاصبا وثبتت المزارعة بينه وبين رب الأرض ولرب الأرض أن يضمن أيهما شاء أجرة الأرض فإذا ضمن الأول لم يرجع
على صاحبه وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه مغرور من جهته كذا في الفتاوى الكبرى وأما لو أذن له رب الأرض أو قال له اعمل
برأيك فدفعها جاز وإن كان رب الأرض شرط للمزارع النصف فدفعها للثاني بالنصف فما خرج منها فنصفه لرب الأرض ونصفه
للمزارع الثاني وإن شرط المزارع الأول للثاني الربع وللأول الربع وحكمهما حكم المضاربة وفي فتاوى الخلاصة وإن كان البذر من
قبل العامل له أن يدفع إلى آخر مزارعة وإن لم يأذن له رب الأرض أصلا ولو دفع صار الزارع الأول مؤجرا أما إذا استأجره إجارة فاسدة
صار الأول مستأجرا للمزارع الثاني ببعض الخارج ويعمل في الأرض اهـ وفي المحيط إذا عمل صاحب الأرض مع العامل بأمره أو بغير
أمره فهو على قسمين إما أن يكون البذر من قبل رب الأرض أو من قبل العامل فلو كان من قبل رب الأرض بأن دفع أرضه وبذره
مزارعة بالنصف فزرع العامل وسقى فلما نبت قام عليه رب الأرض حتى استحصد بغير أمر العامل فالخارج على الشرط ورب
الأرض متطوع بعمله كما لو قام عليه أجنبي ولو بذر المزارع ولم ينبت ولم يسقه فسقاه رب الأرض وقام عليه حتى استحصد فالخارج لرب
الأرض قياسا وفي الاستحسان على الشروط ورب الأرض متطوع كما لو قام عليه أجنبي ولو لم يزرع العامل حتى زرعه رب الأرض وسقاه
ثم قام عليه المزارع حتى استحصد فالخارج لرب الأرض والمزارع متطوع وإن بذره رب الأرض بغير إذن المزارع ولم يسقه ولم ينبت

فسقاه

فسقاه المزارع وقام عليه حتى استحصد فالخارج على الشرط القسم الثاني لو كان البذر من قبل المزارع فبذر ولم يسقه ولم ينبت وقام عليه رب الارض حتى استحصد فالخارج بينهما وكذا لو بذر رب الارض ولم ينبت ولم يسقه حتى قام عليه المزارع فالخارج على الشرط ولو كان رب الارض سقاه حتى نبت ثم قام عليه المزارع وسقاه فهو لرب الارض ويضمن البذر لربه والمزارع متطوع في سقيه وما عامله من الجواب في المزارعة فهو الجواب في المعاملة كذا في المحيط وأما لو اختلفا في المزارعة أو المعاملة ولا يخلو اما ان يختلفا في العقد أو الشروط أو في جواز العقد وفساده فلو اتفقا على جواز واختلفا في المشروط والبذر من قبل رب الارض ان كان قبل المزارعة وأقاما بينة فبينة الزارع أولى لانها أكثر اثباتا وان لم يقم لاحدهما بينة تحالفا وترادا وان اختلفا بعد الزراعة والنبات فالقول لرب الارض مع يمينه والبينة للآخر وان كان البذر من قبل العامل فالقول له والبينة للآخر بعد عقد المزارعة وقبلها يتحالفان ويبدأ بيمين رب الارض وأما لو اختلفا في الجواز والفساد فهو على ثلاثة أوجه اما ان اختلفا قبل الزراعة فالقول لمدعي الفساد وان اختلفا بعد الزراعة فالقول لصاحب البذر هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل رب الارض فاختلفا فالقول للعامل والبينة لرب الارض سواء اختلفا قبل الزرع أو بعده وأما لو اختلفت ورثتهما بعد موتهما فاما ان يختلفا في مقدار الانصباء والبذر من قبل العامل فالقول لورثة صاحب الارض والبينة للآخر وان كان البذر من رب الارض فالقول لورثة صاحب البذر والبينة للآخر وان أقاما البينة فبينة صاحب البذر أولى وان اختلفا في صاحب البذر كان القول قول ورثة المزارع والبينة للآخر وان اختلفا في البذر وفي شرط وأقاما بينة فالبينة بينة رب الارض ولو مات المزارع بعد الاستحصاد ولم يدر ما فعل بحصة المزارع فضمان حصة المزارع في ماله لانه مات مجهلا للوديعة ولو مات العامل بعد ما انتهت الثمرة فلم يوجد في النخل شيء ان علم خروج الثمرة ضمن حصة الآخر والا فلا كذا في المحيط وتفاصيله تطلب منه اهـ والله تعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

﴿ كتاب الذبائح ﴾

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان المزارعة اتلاف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه للانتفاع به بعد ذلك قيل هذا انما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة وأجيب بان المساقاة كالمزارعة في غالب الاحكام فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح لدخول المساقاة في المزارعة ضمنا فاكتفى بذلك ويحتاج الى معرفة تفسير الذكاة لغة وشرعا وركنها وشرط جوازها وحكمها أما تفسيرها لغة فهي اما مشتقة من الحدة يقال سراج ذكي اذا كان وافي غاية الحدة ويقال فلان ذكي اذا كان سريع الفهم والادراك لحدة خاطره وفهمه ويقال مسك ذكي اذا كان طيب الرائحة يفوح منه الريح واما مشتقة من الطهارة قال عليه الصلاة والسلام دباغ الاديم ذكاته أي طهارته وقال ذكاة الارض يبسها أي طهارتها وكلا المعنيين موجود في الذكاة فان فيها حدة من حيث انها مسرعة الى الموت وتطهير الحيوان عن الدماء المسفوحات والرطوبات السائلة النجسة وأما ركنها فهو القطع والجرح وأما شرطها فأربعة آلة قاطعة جارحة والثاني كون الذابح ممن له ملة حقيقة كالمسلم أو ادعاء كالكافر والثالث كون المحل من المحللات اما من كل وجه كما كول اللحم أو من وجه كغيره وهو ما يباح الانتفاع بجلده وشعره والرابع التسمية عند ما سيأتي وأما حكمها فطهارة المذبوح وحل أكله ان كان من المأكولات وطهارة غيره للانتفاع اذا كان لا يؤكل كذا في المحيط وأما شرعا فهو قوله والذبح الى آخره وترجم بالذبائح والظاهر انه أراد بالذبائح الذبح الذي هو الذكاة والمؤلف أبقاه على ظاهره فلذا قال ﴿هي جمع ذبيحة وهي اسم لما يذبح﴾ يعني الذبائح جمع ذبيحة والذبيحة اسم للشيء المذبوح ولا يخفى ان المناسب ان يترجم بالذبح لانه فعل والمكلف انما يبحث عن الافعال أولا بالذات لا عن الاعيان الا بطريق التبع وقوله جمع ذبيحة الاولى تركه لان الفقيه لا يبحث عن الافراد والجمع وانما يبحث عن الاحكام قال رحمه الله ﴿والذبح قطع الاوداج﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام أفر الاوداج بما شئت والمراد الحلقوم والمريء والودجان وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا وبه يحل المذبوح لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولان المحرم هو الدم المسفوح وبالذبح يقع التمييز بينه وبين اللحم فيطهر به ان كان غير مأكول ويقال ذكاة السن بالمد لنهاية الشباب وذكاة النار بالقصر لتمام اشتعالها وهي اختيارية واضطرارية فالاول الجرح فيما بين اللبة واللحيين والثاني الجرح في أي موضع كان من البدن وهذا كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وانما كان كذلك لان الاول أبلغ في اخراج الدم من الثاني ولا يترك الا بالعجز عنه ويكتفي

بالنابى للضرورة لان التكليف بحسب الوسع وذهب العراقيون من مشايخنا الى أن الذبح محظور عقلا لما فيه من ايلام
الحيوان ولكن الشرع أحله قال شمس الائمة السرخسى فى المبسوط وهذا عندى باطل لانه عليه الصلاة والسلام كان يتناول
اللحم قبل البعث ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم يذبحون باسماء آلهتهم فعرفنا أنه كان يصطاد ويذبح بنفسه وما كان
يفعل ما هو المحظور عقلا كالكذب والظلم والسفه قال رحمه الله ﴿وحل ذبيحة مسلم وكتابى﴾ لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا
الكتاب حل لكم والمراد به ذبائحهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من أى كافر ولا يشترط أن يكون من أهل الكتاب
ولا فرق فى الكتابى بين أن يكون ذميا أو حربيا ويشترط أن لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكر الكتابى المسيح أو عزيرا
لا تحل لقوله تعالى وما أهل به لغير الله وهو كالمسلم فى ذلك فانه لو أهل به لغير الله لا تحل قال فى الغاية الكتابى اذا أتى بالذبيحة مذبوحة
أكلها ولو ذبح بالحضور فلا بد من الشرط وهو أن لا يذكر عليها غير اسم الله ولا فرق فى الذابح بين أن يكون صبيا أو مجنونا قال
فى النهاية المراد بالمجنون المعتوه لان المجنون لا قصد له ولا بد من التسمية وهى بالقصد وهو أن يعقلها قال رحمه الله ﴿وصبى وامرأة
وأخرس وأقلف﴾ يعنى تحل ذبيحة هؤلاء والمراد بالصبى الذى يعقل التسمية ويضبط وان لم يكن كذلك لا تحل لان التسمية
على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بالمعرفة والضبط هو أن يعلم شرائط الذبح من فرى الاوداج والتسمية والمعتوه
كالصبى اذا كان ضابطا والقلفة ولا الفراسة لا تخل بذلك فيحل ٧ والاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقامه
كالناسى بل أولى لانه ألزم قال رحمه الله ﴿لا مجوسى ووثنى ومرتد ومحرم وتارك التسمية عمدا﴾ يعنى لا تحل ذبيحة هؤلاء أما
المجوسى فلقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم ولانه ليس له دين سماوى
فانعدم التوحيد اعتقادا ودعوى والوثنى كالمجوسى فيما ذكرنا لانه مشرك مثله وأما المرتد فلانه لا يقر على ما انتقل اليه ولهذا
لا تجوز مناكحته بخلاف اليهودى اذا تنصر وبالعكس أو تنصر المجوسى أو تهود لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فتؤكل ذبيحته
ولو تمجس اليهودى لا تؤكل ذبيحته ولا فرق فى المرتدين أن يرتد الى دين اليهودية أو النصرانية أو الى غير ذلك كذا فى شرح
الطحاوى والمولد بين الكتابى والمجوسى يعتبر كتابيا وأما المحرم فالمراد به فى حق الصيد لان ذبيحته فى حق الصيد لا تؤكل لان
فعله فيه غير مشروع وكذا الحلال فى حق صيد الحرم وكذا الكتابى لو ذبح صيدا فى الحرم لا يحل أكله وأما تارك التسمية عمدا
فلقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل
الحديث وقال الشافعى تؤكل فيهما لما تلونا عمدا الا أنه لو ترك التسمية ناسيا يحل أكلها وهو مذهب على وابن عباس وقال أبو يوسف
والمشايخ ان متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى لو قضى القاضى بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للاجماع
ولو ذبح شاتين وسمى على الاولى دون الثانية تحل الاولى دون الثانية ولو رمى سهما الى صيود فأصاب الكل يكفيه تسمية واحدة
وان حصل بها ذكاة صيود كثيرة فاما ذبح الشاة الثانية فلا بد له من تسمية ثانية حتى لو أضجع شاتين احداهما على الاخرى
وذبحهما بحديدة تحلان بتسمية واحدة ولو أضجع شاة ليذبحها ثم ألقى تلك السكين وأخذ سكينا أخرى فذبح بها لا بأس به بخلاف
ما لو أخذ سهما وسمى فوضع ذلك ورمى بآخر ولم يسم لم يحل أكله لان التسمية فى الذكاة الاختيارية مشروعة على الذبح لا على آلته
والذبيحة لم تتغير وفى الذكاة الاضطرارية التسمية على الآلة لا على الذبيحة والآلة قد تغيرت وعن أبى يوسف ولو أضجع شاة
وسمى فأرسلها وأخذ غيرها وذبحها بتلك التسمية لم تجز ولو رمى الى صيد فأصاب آخر حل لما بينا ولو سمى واشتغل بآخر ان كان قليلا
كما لو كلم انسانا أو شرب ماء حل وان كان طويلا فلا لان ايقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شئ ولا يمكن الا بحرج
فأقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس فيكون مذبوحا على التسمية والكثير يقطع فيفصل بينهما فيكون
مذبوحا بغير تسمية ولو قال بسم الله جاز نوى أو لم ينو لانه صريح فى التسمية وظاهر حاله يدل على أنه أراد به التسمية على الذبيحة
فيحمل عليها ما لم يوجد منه الصرف عنها حتى لو أراد به التسمية على غيره لكن قال الله أكبر وأراد به اجابة الاذان لا افتتاح الصلاة
لم تصر شارعا فيها ولو سبح أو حمد الله أو كبر يريد به التسمية على الذبيحة تحل والا فلا لان هذه الالفاظ كناية عن التسمية
والكناية انما تقوم مقام الصريح بالنية ولو قال بسم الله بغير هاء الله ان أراد به التسمية يحل والا فلا لان العرب قد تحذف حرفا ترخيما
كذا فى المحيط وفى التتمة رجل ذبح للضيف شاة وقد ذكر اسم الله عليها فقال تحل أكله ولو ذبح لاجل قدوم الامير أو قدوم واحد من

العلماء وذكر اسم الله يحرم أكله لانه ذبحها لا حله فعطله وفي جامع الفتاوى ذبح شاة مجوسي لاجل بيت نارهم أو ذبح كافر لآلهتهم لا تؤكل ذبيحتهم ولا فرق في الذابح بين أن يكون ذكرا أو أنثى حرا أو عبدا صبيا أو بالغا ناطقا أم أخرس أو أقلف اهـ قال رحمه الله ﴿وحل لو ناسيا﴾ يعني حل المذكى لو ترك التسمية ناسيا وقال مالك رحمه الله تعالى لا تحل لما ذكرنا من الدليل لانه لا فصل فيه قلنا ان النسيان مرفوع الحكم لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وفي اعتباره حرج والحرج مرفوع بالنص والنص غير مجرى على اطلاقه لانه لو أريد به مطلقه لما جرت المحاجة بين السلف وارتفع الخلاف بينهم واقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي لانه معذور لا تدل على اقامتها في حق العامد لعدم عذره ولا يقال الآية مجملة لانه لا يدري هل أريد به حالة الذبح أو حالة الطبخ أو حالة الاكل لانا نقول أجمع السلف على ان المراد بها حالة الذبح فتكون مفسرة فتم الاحتجاج بها ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط أن تكون عند الذبح قاصدا التسمية على الذبيحة وفي الينابيع ولو سمى بالفارسية جاز وفي الاصل ولو ذبح الشاة وسمى وهو على ثلاثة أوجه ان لم يكن له نية أو أراد التسمية على الذبيحة ففي هذين الوجهين يجوز وان أراد غير التسمية على الذبيحة لا يجوز وفي الحاوي سئل أبو القاسم عمن قال بسم الله ولم يذكر الهاء قال لا يجوز وقال الفقيه ان لم يقصد ترك الهاء يجوز اهـ قال رحمه الله ﴿وكره أن يذكر مع اسم الله تعالى غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وان قال قبل التسمية والاضجاع جاز﴾ وهذا النوع على ثلاثة أوجه أحدها أن يذكره موصولا من غير عطف فيكره ولا تحرم الذبيحة مثل أن يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لان اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ لكن يكره لوجود الوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل ذكره في النوادر وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه أن لا يعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا ومن هذا النوع أن يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد ولم تكن الذبح واقعا له ولكن يكره لما ذكرنا والثاني أن يكون موصولا على سبيل العطف والشركة نحو أن يقول باسم الله واسم فلان أو باسم الله ومحمد بالجر تحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله لقوله تعالى وما أهل به لغير الله ولقوله عليه الصلاة والسلام موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس والذبح ولو رفع المعطوف على اسم الله يحل لانه مبتدأ واختلفوا في النصب قيل يكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة الثالث أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل أن يضجع الشاة أو قبل التسمية أو بعد الذبح اللهم تقبل هذا مني أو من فلان وهذا لا يكره لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا من أمة محمد صلى الله عليه وسلم ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ وكان عليه الصلاة والسلام يقول اذا أراد الذبح اللهم هذا منك ولك ان صلاتي ونسكي الخ والشرط هو الذكر الخالص حتى لو قال اللهم اغفر لي وأكتفى لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله وأراد به التسمية حل ولو عطس عند الذبح وقال الحمد لله لا يحل في الاصح لانه أراد بذلك الحمد على النعمة دون التسمية وذكر الحلواني أن المستحب أن يقول باسم الله الله أكبر انتهى وفي النوازل اذا قال بسم الله ومحمد بالخفض قال بعضهم على قياس ما روي عن محمد في باب الصلاة تحرم الذبيحة وكذا لو قال بسم الله وصلى الله على سيدنا محمد بالواو ولو قال بغير واو حلت الذبيحة ولكن يكره وفي خزانة الفقه رجلان ذبحا صيدا وسمى أحدهما وترك الآخر التسمية لم يحرم أكله وفي الذخيرة والينابيع ولو ذبح شاة فسمى ثم ذبح أخرى وظن أن التسمية الاولى تجزيه عنها لم تؤكل وفي الحاوي جمع العصافير فذبح واحدة وسمى وذبح أخرى على أثره بتلك التسمية لا تؤكل ولو أمر السكين عليهم بتسمية واحدة جاز وفي شرح الطحاوي وذبيحة أهل الكتاب انما تؤكل اذا أتى بها مذبوحة وان ذبح بين يديك فان سمى الله تعالى لا بأس بأكلها وكذا اذا لم يسمع منه شيء وان سمى باسم المسيح وسمعته منه لا تؤكل وفي جامع الجوامع من اشترى لحما وعلم انه ذبيحة مجوسي وأراد الرد فقال البائع الذابح مسلم لا يرد ويحل أكله مع الكراهية وفيه عن أبي يوسف ذبح أحد حلقوم شاة وأوداجها فذبحها فأكلها اذا كانت تضطرب اذا سمى تحل ولو انفلتت الشاة أو البقرة من يده وقامت من مضجعها ثم أعادها الى مضجعها اكتفى بتلك التسمية وان ذبح الذابح وسمى صاحب الاضحية أو غيره لم يجز اهـ قال رحمه الله ﴿والذبح بين الحلق واللبة﴾ بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وأعلاه وأسفله والاصل فيه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال الذكاة في الحلق ولانه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجرى العروق فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ الوجوه وهو انهار الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد انه لو ذبح أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم لانه ذبح في غير محل الذكاة ذكره في الواقعات

وفي فتاوى السمرقندي نقل في النهاية عن الامام الرستغفني رحمه الله تعالى سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر
وكان يجب أن تبقى عقدتها مما يلي الرأس أتؤكل أم لا قال هذا قول العوام من الناس ليس هذا بمعتبر وتجوز أكلها سواء كانت العقدة
مما يلي الصدر أو مما يلي الرأس قال لأن المعتبر عندنا قطع الاوداج وقد وجد وكان شيخي يفتي به وهذا مشكل فإنه لم يوجد فيه
قطع الحلقوم ولا المريء وأصحابنا رضي الله عنهم وإن شرطوا قطع الاكثر فلا بد من قطع أحدهما عند الكل وإذا بقي شيء من عقدة
الحلقوم مما يلي الرأس لم يحصل قطع واحد منهما فلا تؤكل بالاجماع وفي الواقعات لو قطع الاعلى أو الاسفل ثم علم فقطع مرة
أخرى الحلقوم من قبل أن تموت الشاة فإن قطع ثانيا فلا تحل لأن موته بالاول أسرع منه بالقطع الثاني والاصل ورد كذا في فتاوى
أهل سمرقند قصاب ذبح شاة في ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها اهـ قال رحمه الله ﴿والمذبح المريء
والحلقوم والودجان﴾ لما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال أفر الاوداج بما شئت وهي عروق الحلق في المذبح والمريء مجرى
الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس والمراد بالاوداج كلها وأطلق عليه تغليبا وإنما قلنا ذلك لأن المقصود يحصل بقطعهن
وهو إزهاق الروح وإخراج الدم لأنه بقطع المريء والحلقوم يحصل الازهاق وبقطع الودجين يحصل إنهار الدم ولو قطع الاوداج
وهي العروق بغير قطع المريء والحلقوم لا تموت فضلا عن التوجئة فلا بد من قطعهما ليحصل التوجئة ولا بد من قطع الودجين
أو أحدهما ليحصل إنهار الدم وفي المحيط والمريء هو مجرى النفس والودجان مجرى الدم والحلقوم مجرى الطعام والشراب
ولو جرح شاة بسهم من قبل الاوداج وسمى تحل لأنه أتى بالذكاة [illegible] وقد أساء لأنه جاوز النخاع اهـ قال رحمه الله
﴿وقطع الثلاث كاف﴾ والاكتفاء بالثلاث مطلقا هو قول الامام وقول أبي يوسف أولا وعن أبي يوسف أنه يشترط قطع
الحلقوم والمريء وأحد الودجين وعن محمد لا بد من قطع الاكثر من كل واحد من هذه الاربعة وأجمعوا أنه يكتفى بقطع الاكثر
من هذه العروق الاربعة فأما الحلقوم والمريء فمخالفان للاوداج وكل واحد منهما مخالف للآخر فلا بد من قطعهما وأبو حنيفة
يقول الاكثر يقوم مقام الكل وفي التتمة سئل أبو علي عن انتزاع السبع رأس الشاة وفيها حياة هل تحل بالذكاة وإن كانت
تتحرك ٧ قال رحمه الله ﴿ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما أنهر الدم إلا سنا وظفرا قائمين﴾ معناه يكون في
الحل بما ذكر لقوله عليه الصلاة والسلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ولقوله عليه الصلاة والسلام أفر الاوداج بما شئت
وما روي من المنع في الظفر والسن محمول على غير المنزوع فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك إظهارا للجلادة والمنزوع آلة جارحة
فيحصل به المقصود وهو إنهار الدم والليطة القصب الفارسي والمروة الحجر الذي له حد والدليل على جواز الذبح بهما ما روي عن عدي
ابن حاتم قال قلت يا رسول الله نصيد الصيد وليس معنا سكين إلا المروة وشقة العصا فقال عليه الصلاة والسلام أفر الاوداج بما شئت
واذكر اسم الله رواه البخاري والظفر والسن المنزوع آلة جارحة بخلاف غير المنزوع لأن الذبح به يكون بالثقل لا بالآلة اهـ قال
رحمه الله ﴿ويندب حد شفرته﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام إن الله كتب الاحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا
ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته رواه مسلم وغيره ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لقوله عليه الصلاة
والسلام لمن أضجع الشاة وهو يحد شفرته لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها الحديث والآلة على ضربين
قاطعة وغير قاطعة والقاطعة على ضربين حادة وكليلة فالحادة اختيار به وضرورة به فالحادة يجوز الذبح بها من غير كراهة والكليلة
يجوز الذبح بها ويكره لما فيه من الابطاء في الاراقة كذا في المحيط قال رحمه الله ﴿وكره النخع وقطع الرأس والذبح من القفا﴾
النخع هو أن يبلغ النخاع وهو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة وهو بالفتح والضم لغة فيه قال في النهاية ومن قال هو عرق
أبيض فقد سها واعترضه صاحب العناية أن من سمى ما ذكر لم يغلط لأن أهل اللغة ذكروه بلفظ الخيط وإنما كره لنهيه عليه
الصلاة والسلام عن أن تنخع الشاة إذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل أن يكسر رقبتها قبل أن
تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وفي قطع الرأس زيادة تعذيب فيكره ويكره أن يجرها برجلها إلى مذبحها وأن يسلخ قبل أن تبرد
وتؤكل في جميع ذلك لأن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم فلا يوجب الحرمة ويكره أن يذبحها موجهة لغير القبلة لمخالفة
السنة في توجيهها القبلة وتؤكل وفي الذبح من القفا زيادة ألم فيكره وتحل لما ذكرنا إذا بقيت حية حتى يقطع العروق لتحقق
الموت بالذكاة وإن ماتت قبل قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة قال رحمه الله ﴿وذبح صيد استأنس وجرح

نعم توحش أو تردى في بئر﴾ الواو عاطفة على قوله وحل ذبيحة مسلم وذبح صيد يعني وحل أكل صيد استأنس بالذبح وهو الذكاة
الاختيارية لقدرته عليها وحل أكل نعم توحش أو تردى بالجرح لعجزه عن الذكاة الاختيارية هذا إذا علم أنه مات من الجرح وإن
علم أنه لم يمت من الجرح لم يؤكل وإن أشكل ذلك أكل لأن الظاهر الموت به وكذا الدجاجة إذا تعلقت على شجرة وخاف موتها
صارت ذكاتها الجرح وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى فشمل ما إذا كان في المصر والصحراء وعن محمد أن
الشاة إذا ندت في المصر لا تحل بالعقر وإن ندت في الصحراء تحل بالعقر لتحقق العجز عن الذكاة الاختيارية وفي البقر والإبل
يتحقق العجز سواء ندت في المصر أو في الصحراء فتحل بالعقر والصائل كالناد إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه
وهو يريد ذكاته وسمى حل أكله خلافا لمالك ولما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان في سفر فند بعير من الإبل ولم يكن معهم خيل
فرماه رجل منهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا رواه البخاري
ومسلم ولأنه قد تحقق العجز عن الذكاة الاختيارية فصار إلى البدل وفي النوازل لو أن بقرة تعسر عليها الولادة فأدخل صاحبها يده
وذبح الولد حل أكله وإن جرحه في غير موضع الذبح إذا كان لا يقدر على ذبحه حل وإن كان يقدر لا يحل اهـ وفي المحيط فإن
أصاب قرنه أو ظلفه أو حافره وإن أدماه ووصل للحم حل أكله وإلا فلا لأن الذكاة تصرف في محل الحياة وإن أبان عضوا غير الرأس
فمات أكل إلا ما أبان من الحي فهو ميت ولا يظهر فيه حكم ولا كذلك إذا أبان الرأس لأنه لا يتصور حياة الجسد مع إبانة الرأس
وإن تعلق منه جلدة فإن كان يلتئم ويندمل لو ترك حل أكله وإلا فهو مبان ولو قطع الصيد نصفين طولا أو عرضا حل ولو أبان طائفة
من الرأس الذي إن كان أقل من النصف لا يحل المبان وإن كان النصف يحل كلاهما اهـ قال رحمه الله ﴿وسن نحر الإبل وذبح
البقر والغنم وكره عكسه وحل﴾ وإنما كان هذا الفعل مسنونا لأنه هو المنقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى إن
الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى فصل لربك وانحر قالوا المراد نحر الجزور وفي البقر والغنم الذبح أيسر وفي الإبل النحر
أيسر وإنما كره العكس لترك السنة والنحر قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق من أعلى العنق
تحت اللحيين وفي الجامع الصغير والسنة في البعير أن ينحر قائما وفي الشاة والبقر أن تذبح مضجعة اهـ وفيه أيضا ولا بأس بالذبح في
الحلق كله أسفله وأوسطه وأعلاه لأن ما بين اللبة واللحيين هو الحلق ولأن كله مجمع العروق فصار حكم الكل واحدا فإن قلت هذا
ينافي ما تقدم من التقييد قلنا لا لأن المعنى أسفله قال رحمه الله ﴿ولم يذك جنين بذكاة أمه﴾ يعني لا يصير الجنين مذكى بذكاة
أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها وهذا عند الإمام وزفر والحسن رحمهم الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة إذا تم خلقه حل
أكله بذكاتها لقوله عليه الصلاة والسلام ذكاة الجنين ذكاة أمه ولقوله عليه الصلاة والسلام لما قيل له إنا ننحر الناقة ونذبح الشاة
وفي بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله قال كلوه إن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه ولأنه جزء من أمه حقيقة لكونه متصلا بها وحكما حتى يدخل
في الأحكام الواردة على الأم من البيع والهبة والعتق وللإمام قوله تعالى إنما حرم عليكم الميتة وهو اسم لحيوان مات من غير ذكاة والجنين
مات حتف أنفه فيحرم بالكتاب ويكره ذبح الشاة إذا تقارب ولادتها لأنه يضيع ما في بطنها الدجاجة إذا تعلقت فرماها وأصابها
بسهم إن كان لا يهتدي إلى ذبحه حل أكله لأنه عجز عن الذكاة الاختيارية وإن كان يهتدي ذكر الفقيه أبو الليث إن أصاب المذبح
حل وإن أصاب غيره فعند محمد لا يحل وعن غيره يحل اهـ والله تعالى أعلم

﴿فصل فيما يحل وما لا يحل﴾ لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول إذ المقصود الأصلي من شرع الذبائح
التوصل إلى الأكل وقدم الذبح لأنه وسيلة والشيء تتقدم عليه في الذكر قال رحمه الله ﴿ولا يؤكل ذو ناب ولا مخلب من سبع وطير﴾ يعني
لا يحل أكل ذي ناب من سباع البهائم وذي مخلب من سباع الطير لما روى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن أكل ذي ناب ومخلب من سبع وطير رواه مسلم والجماعة والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح قاتل عادة والمراد
بذي المخلب ما له مخلب هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد ويعلم بذلك أن المراد بذي مخلب هو سباع الطير لا كل ما له
مخلب وهو الظفر كما أريد في ذي ناب من سباع البهائم لا كل ما له ناب ولأن طبيعة هذه الأشياء مذمومة شرعا فيخشى أن يتولد من
لحمها شيء من طباعها فيحرم إكراما لبني آدم وهو نظير ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لا ترضع لكم الحمقاء فإن اللبن يعدي
ويدخل في الحديث الضبع والثعلب لأن لهما نابا وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أباح أكلهما محمول على الابتداء ويدخل فيه الفيل

أيضا لأنه دويبة واليربوع وابن عرس من سباع الهوام والرخمة والبغاث لأنهما يأكلان الجيف والرخم جمع رخمة وهو طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة يقال له الأنوق والبغاث طائر إلى الغبرة دون الرخم بطيء الطيران كذا في الصحاح قال والسباع الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والفيل والقرد واليربوع وابن عرس والسنور الأهلي والبري ومن الطير الصقر والبازي والعقاب والنسر والشاهين اهـ قال رحمه الله ﴿وحل غراب الزرع﴾ لأنه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث قال رحمه الله ﴿لا الأبقع الذي يأكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الأهلية والبغل﴾ يعني هذه الأشياء لا تؤكل أما الغراب الأبقع فلأنه يأكل الجيف فصار كسباع الطير والغراب ثلاثة أنواع نوع يأكل الجيف فحسب فإنه لا يؤكل ونوع يأكل الحب فحسب فإنه يؤكل ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند الإمام وهو العقعق لأنه يأكل الدجاج وعن أبي يوسف أنه يكره أكله لأنه غالب أكله الجيف والأول أصح قال في النهاية ذكر في بعض المواضع أن الخفاش يؤكل وذكر في بعضها أنه لا يؤكل لأن له نابا وأما الضبع فلما روينا ولأنه يأكل الجيف فيكون لحمه خبيثا وأما الضب والزنبور والسلحفاة والحشرات فلأنها من الخبائث وقد قال تعالى ويحرم عليكم الخبائث وما روي من الإباحة محمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث لأنه لم يكن محرما في الابتداء إلا أشياء في ما قال الله تعالى قل لا أجد فيما أوحي إلي محرما الآية ثم حرم بعد ذلك أشياء وأما الحمر الأهلية فلما روى البخاري رحمه الله تعالى حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الأهلية وأما البغل فلأنه من نسل الحمار فكان كأصله حتى لو كانت أمه فرسا فعلى الخلاف المعروف في الخيل لأن المعتبر هو الأم قال رحمه الله ﴿وحل الأرنب﴾ لأنه عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه أن يأكلوه حين أهدي إليه مشويا رواه أحمد والنسائي ولأنه ليس من السباع ولا يأكل الجيف فأشبه الظبي قال رحمه الله ﴿وذبح ما لا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده إلا الآدمي والخنزير﴾ وقال الشافعي رحمه الله تعالى الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأن أثر الذكاة في إباحة اللحم أصل وفي طهارته وطهارة الجلد تبع ولا تبع بدون الأصل فصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات النجسة فإذا زالت طهرت كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي غير معتد به فلا بد من الدباغ وكما يطهر جلده يطهر شحمه أيضا حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل قيل لا يجوز اعتبارا بالأكل وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه شحم الميتة والزيت غالب فإنه ينتفع به في غير الأكل واستثنى الخنزير ولا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته والآدمي لكرامته وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم ما لا يؤكل لحمه والجلد يطهر هو الصحيح وقد مر في كتاب الطهارة اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يؤكل مائي إلا السمك غير طاف﴾ وقال مالك رحمه الله تعالى يؤكل جميع حيوان الماء واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والآدمي وعن الشافعي رحمه الله تعالى أنه أباح ذلك كله وقال صاحب الهداية والخلاف في الأكل والبيع واحد ينبغي أن يجوز بيعه بالإجماع لطهارته لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل ولأنه لا دم في هذه الأشياء لأن الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك وروى جابر أنهم أصابهم جوع شديد في الغزوة فألقى البحر حوتا ميتا يقال له العنبر فأكلوا منه نصف شهر قال فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوا رزقا أخرجه الله لكم أطعمونا إن كان معكم الحديث ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وهذا منها قال في النهاية إن كراهة الخبائث تحريمية وما سوى السمك خبيث ونهى عليه الصلاة والسلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والميتة المذكورة فيما تلي محمولة على حالة الاضطرار وهو إباحة الأكل أكله والميتة والذكاة فيهما سواء وقوله عليه الصلاة والسلام أحل لنا ميتتان السمك والجراد ودمان الكبد والطحال لا دليل لهم في هذا الحديث لأن المراد بالميتة ما ألقاه البحر حتى يكون موته مضافا إلى البحر ولا يتناول ما مات فيه بغير سبب أو نحوه وأما الطافي فيكره أكله لقول جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوه وهو حجة على مالك في إباحة الطافي فالأصل في هذا أن ما عرف سبب موته كلفظ البحر أو حبسه في مكان كالحظيرة الصغيرة بحيث لا يمكن أخذه من غير حيلة أو ابتلاع سمكة أو نقل صقر الماء إياها أو انجماد الماء عليها حل أكلها لأن سبب موتها معلوم ولو ماتت من شدة حر الماء أو برده أو انحسر الماء عن بعضه ومات روى هشام عن محمد إن كان رأسه على الماء لا يؤكل وإن كان ذنبه في الماء ورأسه انحسر عنه الماء أكل لأن خروج رأسه من الماء سبب لموته فكان معلوما بخلاف خروج ذنبه خاصة لأن الشرط فيه أن يعلم سبب موته حتى لو أبان عضوا منه فإنه يؤكل ويؤكل العضو أيضا قال رحمه الله ﴿وحل بلا ذكاة كالجراد﴾ يعني حل السمك بلا ذكاة كالجراد لما روينا قال رحمه الله ﴿ولو

ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم حل والا لا ان لم يدر حياته ﴾ لان الحياة أو خروج الدم لا يكون الا من الحي لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما أو وجود أحدهما دليل الحياة فيحل وعدمهما علامة الموت فلا يحل وذكر محمد بن مقاتل ان خرج الدم ولم تتحرك لا يحل لان الدم لا يجمد عند الموت فيجوز خروج الدم وهذا يأتي في المنخنقة والمتردية والنطيحة والتي بقر الذئب بطنها الا ان ذكاة هذه الاشياء تحل وان كانت حياته خفية في ظاهر الرواية لقوله تعالى الا ما ذكيتم وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنها تحل اذا كانت بحال تعيش يوما ولولا الذكاة وعن الثاني ان كان لا يعيش مثلها لا تحل وعن محمد ان كانت بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل والا فلا ولو ذبح شاة مريضة ولم يتحرك منها الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لا تؤكل وان ضمته تؤكل وان فتحت عينها لا تؤكل وان ضمت عينها أكلت وان مدت رجلها لا تؤكل وان ضمتها تؤكل وان قام شعرها تؤكل وان نام لا تؤكل وهذا صحيح لان الحيوان يسترخي بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لانها استرخاء وضم الفم وتغميض العين وقبض الرجل وقيام الشعر ليس باسترخاء بل حركات تختص بالحي فتدل على الحياة وفي السراجية اذا شق الذئب بطن الشاة ولم يبق فيها من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح بعد الذبح فذبحت حلت وعليه الفتوى اه ولو نطحت شاة على سطح فوقعت فماتت تحل لانها صارت مذكاة بقيام محل الذكاة كذا في المحيط وفيه أيضا اذا شق الذئب بطن الشاة ان كان فيها حياة مستقرة حلت بالاجماع والا فلا سواء عاش أو لم يعش عند الامام وهو الصحيح وعليه الفتوى اه قال رحمه الله ﴿ وان علم حياته حل وان لم تتحرك ولم يخرج الدم ﴾ يعني اذا علم حياة الشاة وقت الذبح حلت بالذكاة تحركت أو لا خرج منها دم أو لا كذا في المحيط والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الاضحية ﴾

أورده عقب الذبائح لانها ذبيحة خاصة والذبائح عام والخاص بعد العام وتعقب بأنهم ان أرادوا أن الخاص بعد العام في الوجود فهو ممنوع لانه تقرر أن لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان أرادوا في التعقل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تميز الذاتي من العرضي انما يتعسر في الحقائق النفسانية وأما في الامور الوضعية والاعتبارية كما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلا في مفهوم شيء يكون ذاتيا له ويكون تصور ذلك الشيء تصورا له بالكلية ولا شك أن معنى الذبح داخل في معنى الاضحية فتتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني وهي في اللغة كما في النهاية شاة تذبح في يوم الاضحية ولا يخالفه ما في القاموس والصحاح من أنها شاة من غير لفظ تذبح لان لفظ النحر مراد بدليل الاضحية وتجمع على أضاحي بالتشديد ويقال أضحية وضحايا كهدية وهدايا ويقال أضحاة وتجمع على أضحى وعند الفقهاء كما في النهاية اسم لحيوان مخصوص وهي الشاة فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع من الضأن تذبح بنية القربة في يوم مخصوص اه ولها شرائط وجوب وشرائط أداء وصفة فالاول كونه مقيما موسرا من أهل الامصار والقرى والبوادي والاسلام شرط وأما البلوغ والعقل فليسا بشرط حتى لو كان للصغير والمجنون مال فانه يضحي عنه أبوه وأما شرائط أدائها فمنها الوقت في حق المصري بعد صلاة الامام والمعتبر مكان الاضحية لا مكان المضحي وبعد طلوع فجر يوم النحر وركنها ذبح ما يجوز ذبحه وسيأتي الكلام في صفتها واعلم أن القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق والاضحية وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانه يتقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصدق باللحم فيكون تمليكا اه قال رحمه الله ﴿ تجب على حر مسلم موسر مقيم عن نفسه لا عن طفله شاة أو سبع بدنة فجر يوم النحر الى آخر أيامه ﴾ يعني صفتها أنها واجبة وعن أبي يوسف أنها سنة وذكر الطحاوي أنها سنة على قول أبي يوسف ومحمد وهو قول الشافعي لهم قوله صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره رواه مسلم وجماعة أخر والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يختلفان بالعبادة المالية ودليل الوجوب قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا رواه أحمد وابن ماجه ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانه عليه الصلاة والسلام أمر باعادتها في قوله من ضحى قبل الصلاة فليعد الاضحية وانما لا تجب على المسافر لان أداءها مختص بأسباب تشق على المسافر وتفوت بمضي الوقت ولا يجب عليه شيء لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يفوتان بمضي الزمان فلا يحرج وأما العتيرة فذبيحة تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والاسلام في الصدر

الاول ثم نسخ في الاسلام كذا في الاصل وفي المحيط ولو اشترى الفقير شاة فضحى بها ثم أيسر في آخر أيام النحر قيل عليه أن يعيدها
وقيل لا ولو افتقر في أيام النحر سقطت عنه وكذا الموت ولو بعدها لم تسقط كذا في المحيط قيد بالحر لانه عبادة مالية فلا تجب على
العبد لانه لا يملك ولو ملك وبالاسلام لانها عبادة والكافر ليس بأهل لها وباليسار لانها لا تجب الا على القادر وهو الغني دون الفقير
ومقداره ما تجب فيه صدقة الفطر وقد مر بيانه قال في العناية أخذا من النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا
اشترى شاة للاضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا يسقط
عنه الاضحية ولو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكاة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج
واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من اقامتها ملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب الا بملك النصاب فدل أن
وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها
وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية
قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي اذا تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق
حصل الاخير الى هنا لفظ العناية وفي المحيط لو زكى نصابه ثم مر عليه أيام النحر ونصابه ناقص عليه الاضحية ولا يعد فقيرا
باداء الزكاة في هذه السنة لان قدر المؤدى يعد قائما شرعا ولو انتقص في أيام النحر بغير الزكاة سقطت عنه الاضحية لان
المؤدى لا يعد قائما حكما فيعد فقيرا وقوله عن نفسه لانه أصل في الوجوب عليه وقوله لا عن طفله يعني لا يجب عليه عن
أولاده الصغار لانها عبادة محضة بخلاف صدقة الفطر والاول ظاهر الرواية وان كان للصغير مال يضحي عنه أبوه من ماله أو وصيه من
ماله عند أبي حنيفة وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله تعالى من مال الاب لان الاراقة اتلاف والاب لا يملكه في مال الصغير
كالاعتاق والاصح أنه يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكن ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه كذا ذكره صاحب الهداية وفي الكافي
الاصح أنه لا يجب ذلك وليس للاب أن يفعله من مال الصغير وقوله شاة أو سبع بدنة بيان للقدر الواجب والقياس أن لا يجوز
البدنة كلها الا عن واحد لان الاراقة قربة لا تتجزأ الا أنا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله تعالى عنه قال نحرنا مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على أصل القياس ويجوز عن ستة أو خمسة أو
أربعة أو ثلاثة ذكره في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعما دونها أولى ولا يجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه وكذا اذا كان نصيب
أحدهم أقل من سبع بدنة لا يجوز عن الكل لان بعضه اذا خرج عن كونه قربة خرج كله ويجوز عن اثنين نصفان في الاصح واذا
جاز عن الشركة يقسم اللحم بالوزن لانه موزون واذا قسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شئ آخر من الاكارع والجلد كالبيع
لان القسمة فيها معنى المبادلة ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي ثم اشترك فيها معه ستة أجزأه استحسانا والقياس لا يجزئ وهو قول
زفر لانه أعدها قربة فيمتنع بيعها وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركاء وقت الشراء فيشتريها ثم يطلب
الشركاء ولو لم يجز ذلك لحرج وهو مدفوع شرعا والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء وعن الامام مثل قول زفر قال القدوري
الواجب على مراتب بعضها آكد من بعض فوجوب سجدة التلاوة آكد من وجوب صدقة الفطر وصدقة الفطر وجوبها
آكد من وجوب الاضحية وفي الخانية الموسر في ظاهر الرواية من له مائتا درهم أو عشرون دينارا أو ما يبلغ ذلك سوى مسكنه
ومتاعه ومركبه وخادمه الذي في حاجته وفي الاصل ولو جاء يوم الاضحية ولا مال ثم استفاد مائتي درهم ولا دين عليه فعليه الاضحية ولو
كان له عقار ملك قيمة ٧ العقار مائتا درهم والزعفراني والفقيه علي الرازي اعتبرا القيمة وأوجبا الاضحية ولو كان له أرض يدخل
عليه منها قوت السنة فعليه الاضحية حيث كان القوت يكفيه ويكفي عياله وان كان لا يكفيه فهو معسر وان كان العقار وقفا ينظر
ان وجب له في أيام النحر قدر مائتي درهم فعليه الاضحية والا فلا وابن سماعة عن محمد عن الامام وعنه أنه لا يجب الا اذا زاد على
مائتين والمرأة تعتبر موسرة بالمهر اذا الزوج مليا عندهما وعند الامام لا تعتبر ملية بذلك وان كان خباز عنده حنطة قيمتها مائتا درهم
فعليه الاضحية وان كان عنده مصحف قيمته مائتا درهم وهو ممن يحسن القراءة فيه فلا أضحية عليه سواء كان يقرأ فيه أو لا يقرأ
فيه وان كان لا يحسن أن لا يقرأ فيه فعليه الاضحية وفي الكافي عن الحسن عن الامام يجب عليه أن يضحي عن ولده وولد ولده الذي
لا أب له والفتوى على أنه لا يجب عليه وذكر الصدر الشهيد في شرح الاضاحي عن الزعفراني وبما اذا ضحى الاب عن الصغير من ماله

فعلى قول محمد وزفر يجب الضمان عليه وعلى قول الامام أبي يوسف لا يضمن ومثله الوصي وفي الينابيع والمعتوه والمجنون بمنزلة الصبي والذي يجن ويفيق كالصحيح ولو كان المجنون موسرا يضحي عنه وليه من ماله في الروايات المشهورة وروي أن الاضحية قبل أن يضحي بها لا تجب في مال المجنون وفي المنتقى اشترى شاة ليضحي بها فمات في أيام الاضحية قبل أن يضحي بها فله أن يبيعها ومن كان غائبا عن ماله في أيام الاضحية فهو فقير ولا يخفى ان الاضحية تصير واجبة بالنذر فلو قال كلاما منسيا لله على أن أضحي بهذه الشاة لم يذكر بلسانه شيأ فاشترى شاة بنية الاضحية ان كان المشتري غنيا لا تصير واجبة باتفاق الروايات وله أن يبيعها أو يشتري غيرها وان كان فقيرا ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده في ظاهر الرواية تصير واجبة بنفس الشراء وروى الزعفراني عن أصحابنا لا تصير واجبة وأشار اليه شمس الائمة السرخسي في شرحه واليه مال شمس الائمة الحلواني في شرحه وقال انه ظاهر الرواية ولو صرح بلسانه والمسألة بحالها تصير واجبة بشراء بنية الاضحية ان كان المشتري فقيرا وفي الخانية اشترى شاة للاضحية ثم باعها واشترى أخرى في أيام النحر فهذا على وجوه ثلاثة الاول اشترى شاة ينوي بها الاضحية لا تصير أضحية ما لم يوجبها بلسانه وبه أخذ أبو يوسف وبعض المتأخرين وفي الكبرى قال ان فعلت كذا فلله علي أن أضحي لا يكون نذرا رجل اشترى أضحيته وأوجبها فضلت ثم اشترى أخرى فأوجبها ثم وجد الاولى ان كان أوجب الثانية بلسانه فعليه أن يضحي بهما وان أوجبها بدلا عن الاولى فعليه أن يذبح أيهما شاء ولم يفصل بين الفقير والغني وفي فتاوى أهل سمرقند الفقير اذا أوجب شاة على نفسه هل يحل له أن يأكل منها قال بديع الدين نعم وقال القاضي برهان الدين لا يحل وفي فتاوى أهل سمرقند الفقير اذا اشترى شاة للاضحية فسرقت فاشترى مكانها ثم وجد الاولى فعليه أن يضحي بهما ولو ضلت فليس عليه أن يشتري أخرى مكانها وان كان غنيا فعليه أن يشتري أخرى مكانها وفي الواقعات له مائتا درهم فاشترى بعشرين درهما أضحية يوم الثالث وهلكت يوم الاربعاء وجاء يوم الخميس الاضحى ليس عليه أن يضحي لفقره يوم الاضحى وفي الفتاوى العتابية اذا انتقص نصابه يوم الاضحى سقط عنه الزكاة وعن ابن سلام وكل رجلين أن يشتري كل منهما أضحية فاشتريا يجب عليه أن يضحي بهما وفي المحيط ولو اشترى شاتين للاضحية فضاعت احداهما فضحى بالثانية ثم وجدها في أيام النحر ولا شيء عليه لانه لم يتعين أحدهما أيهما ضحى بها وفي المنية ولو ضحى الفقير ثم أيسر أعاد في رواية واذا اشترى شاة للاضحية ثم باعها جاز البيع وفي الاصل رجل أوجب على نفسه عشر أضاحي قالوا لا يلزمه الا ثنتان قال الصدر الشهيد في واقعاته والظاهر أنه يجب الكل وفي الظهيرية والصحيح أنه يجب الكل وفي الحاوي ولو اشترى شاة ولم يرد أن يضحي بها بل للتجارة ثم نوى أن يضحي بها ومضى أيام النحر لا يجب عليه أن يتصدق بها وعن محمد بن سلمة لو ضحى بشاتين لا تكون الاضحية الا واحدة وفي المحيط الاصح أن تكون الاضحية بهما وعن الحسن عن أبي حنيفة لا بأس بالاضحية بالشاة أو بالشاتين قال الفقيه وبه نأخذ وفي الاصل الناذر لا يأكل مما نذره ولو أكل فعليه قيمة ما أكل وفي أضاحي الزعفراني ان قال لله علي أن أضحي بشاة في أيام النحر فان كان موسرا فعليه أن يضحي بشاتين الا أن يعني بالايجاب ما يجب عليه فان كان فقيرا فعليه شاة وفي السراجية اذا قال لله علي أن أضحي بشاة فضحى ببدنة أو ببقرة جاز اهـ وفي الشارح اذا نذر وأراد به الواجب عليه لا يلزمه غيرها وان أراد الواجب بسبب الغنى يلزمه غيرها اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يذبح مصري قبل الصلاة ويذبح غيره﴾ يعني لا يجوز لاهل المصر أن يذبحوا الاضحية قبل أن يصلوا صلاة العيد ويجوز لاهل القرى والبادية أن يذبحوا بعد صلاة الفجر قبل أن يصلي الامام صلاة العيد والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم من ذبح قبل صلاة الامام فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد صلاة الامام فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين قال صاحب النهاية هذا يشير الى ما ذكر في المبسوط حيث قال لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت وقال عليه الصلاة والسلام أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية وهذا ظاهر في حق من عليه الصلاة فبقي غيره على الاصل فيذبح بعد طلوع الفجر وهو حجة على الشافعي ومالك في نفيهما الجواز بعد صلاة العيد قبل نحر الامام والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا أراد التعجيل أن يبعث بها الى خارج المصر في موضع يجوز للمسافر أن يقصر فيضحي فيه كما طلع الفجر لان وقتها من طلوع الفجر وانما أخرت في حق المصر لما ذكرنا ولا نها تشبه الزكاة فيعتبر في الاداء مكان المحل وهو المال لا مكان الفاعل بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر بها مكان الفاعل لانها تتعلق بالذمة والمال ليس بمحل لها ولو ضحى بعدما صلى أهل المسجد قبل أن يصلي أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة ولو ذبح بعدما قعد الامام قدر التشهد قبل أن يسلم لم يجز خلافا للحسن وفي المراد لو

ضحى بعد ان تشهد قبل ان يسلم الامام جازت الاضحية وفي العتابية وهو الاصح من غير اساءة وفي غيره وهو المختار ولو ضحى قبل ان
يتشهد الامام لم يجز عند ابي يوسف وفي رواية جاز وقد اساء والاول اصح وفي الاجناس لو صلى الامام صلاة العيد على غير طهارة ولم يعلموا حتى
عاد وذبح الناس جاز عن اضحيتهم ولو علموا قبل ان يتفرقوا تعاد الاضحية وقيل لا تعاد والاول هو المختار والمأخوذ به ومتى علم الامام
ذلك ونادى بالصلاة ليعيدها فمن ذبح قبل ان يعلم ذلك الامام اجزأه ومن ذبح بعد العلم قبل الزوال لا يجوز وان ذبح بعد الزوال جاز ولو لم
يصل الامام صلاة العيد في اليوم الاول اخروا الاضحية الى الزوال ثم ذبحوا ولا يجزيهم التضحية اذا لم يصل الامام الا بعد الزوال وكذا
في اليوم الثاني الحكم كالاول كذا في المحيط وذكر فيه ايضا ان التضحية في الغد تجوز قبل الصلاة لانه فات وقت الصلاة بزوال الشمس في
اليوم الاول والصلاة في الغد تقع قضاء لا اداء فلا يظهر هذا في حق الاضحية وقال هكذا ذكر القدوري في شرحه ولو صلى ثم تبين انه
صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الاضحية ولو وقع انه في فتنة ولم يبق فيها وال ليصلي بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر اجزأهم ولو
شهدوا عند الامام انه يوم العيد فضحى بعد الصلاة ثم انكشف انه يوم عرفة اجزأهم الصلاة والتضحية لانه لا يمكن الاحتراز عن مثل
هذا ووقتها ثلاثة ايام افضلها اولها ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في الظلمة وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل
يمضي بمضي اربعة ايام اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمنها
لانها تقع واجبة ان كان غنيا وسنة ان كان فقيرا والتصدق بالثمن تطوع محض فكانت هي افضل لانها تفوت بفوات ايامها ولو لم يضح
حتى مضت ايامها وكان غنيا وجب عليه ان يتصدق بالقيمة سواء اشتراها او لم يشترها وان كان فقيرا فان كان اشتراها وجب عليه التصدق
بها ولو ذبح بعد الزوال يوم عرفة وهو يرى انه يوم عرفة ثم ظهر انه يوم النحر يجزئه وفي سائر الاوقات جعل الليل سابقا على النهار
الا في يوم عرفة فهي متأخرة عنها وليلة النحر الاول هي ليلة النحر الثاني وليلة النحر الثاني هي ليلة النحر الثالث وليلة النحر الثالث
هي ليلة الثالث عشر حتى يجوز الذبح فيها قبل طلوع الفجر كذا في المحيط وفي النوازل الامام اذا صلى العيد يوم عرفة وضحى
الناس فهذا على وجهين اما ان شهد عنده الشهود اولا انه يوم النحر ففي الاول يجوز الصلاة والاضحية وفي الثاني لا يجوز ولو شكوا
في يوم النحر فصلى بهم الامام وضحوا ثم علموا في الغد انه يوم عرفة فان عليه اعادة الصلاة والاضحية جميعا وفي العتابية شهدوا بعد
الزوال انه يوم النحر ضحوا وان شهدوا قبل الزوال لم يجز الا اداء الكل وفي النحر بلد لو صلى ولم يخطب جاز الذبح وفي الكبرى مصري
وكل وكيلا بان يذبح شاة له وخرج الى السواد فاخرج الوكيل الاضحية الى موضع لا يعد من المصر وذبحها هناك فان كان الموكل في
السواد جازت الاضحية وان كان عاد الى المصر وعلم الوكيل بقدومه لم تجز الاضحية عن الموكل بلا خلاف وان لم يعلم بعوده او وكل الى
المصر فكذا عن محمد وعند ابي يوسف يجوز وهو المختار اهـ وفي المحيط ولو ذبح بعدما صلى اهل الجبانة قبل ان يصلي اهل المسجد
يجوز قياسا واستحسانا اهـ قال رحمه الله ﴿ويضحى بالجماء﴾ التي لا قرن لها يعني خلقة لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا
مكسورة القرن بل اولى قال رحمه الله ﴿والخصي﴾ وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى هو اولى لان لحمه اطيب وقد صح انه عليه
الصلاة والسلام ضحى بكبشين املحين موجوأين الاملح الذي فيه ملحة وهو البياض الذي فيه شعيرات سود وهو من لون الملح
والموجوء المخصي من الوجء وهو ان يضرب عروق الخصية بشيء وفي المحيط وتجوز الجرباء وفي الحاوي وتجوز الجرباء اذا كانت
سمينة اهـ قال رحمه الله ﴿والثولاء﴾ وهي المجنونة لانه لا يخل بالمقصود اذا كانت تعتلف وان كانت سمينة ولم يتلف جلدها جاز
لانه لا يخل بالمقصود قال ولا تجوز الهتماء التي لا اسنان لها ان كانت لا تعتلف وان كانت تعتلف جاز هو الصحيح ولا الجلالة التي تأكل
العذرة ولا تأكل غيرها ولا مقطوعة الضرع ولا التي لا تستطيع ان ترضع ولدها ولا التي يبس ضرعها ولا مقطوعة الانف والذنب
والطرف كذا في المحيط قال رحمه الله ﴿لا بالعمياء والعوراء والعجفاء والعرجاء﴾ اي التي لا تمشي الى المنسك اي المذبح لما روي
عن البراء بن عازب انه عليه الصلاة والسلام قال اربع لا تجوز في الاضاحي العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء
البين ظلعها والكسيرة التي لا تنقي رواه ابو داود والنسائي وجماعة اخر وصححه الترمذي وفي الحاوي قال مشايخنا العرجاء التي تمشي
ثلاثة قوائم وتجافي الرابع عن الارض لا تجوز الاضحية بها وان كانت تضع الرابع على الارض وتستعين به الا انها تتمايل مع ذلك
وتضعه وضعا خفيفا تجوز وان كانت ترفعه رفعا او تحمل المكسر لا تجوز وفي الخانية وكذا الحولاء التي في عينيها حول ولا تجوز
المدمجة العين وهي التي غارت عينها اهـ قال رحمه الله ﴿ومقطوعة اكثر الاذن او الذنب او العين او الالية﴾ القول على

رضي الله تعالى عنه أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن وان لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء رواه أبو داود والنسائي وغيرهما وصححه الترمذي المقابلة قطع من مقدم اذنها والمدابرة قطع من مؤخر اذنها والشرقاء ان يكون الخرق في اذنها طويلا والخرقاء ان يكون عرضا وان بقي أكثر الاذن جاز وكذا أكثر الذنب لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا وهذا لان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ان الثلث اذا ذهب وبقي الثلثان يجوز وان ذهب أكثر من الثلث لا يجوز لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير اجازة الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكل وقال أبو يوسف ومحمد اذا بقي أكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة وهو اختيار أبي الليث وقال أبو يوسف أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع الى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما وانما يمكن الاخذ بما روينا اذا كان بعض الآذان مقطوعا على اختلاف الروايات لان بمجرد الشق من غير ذهاب شيء من الاذن لا يمنع ثم في معرفة مقدار الذاهب والباقي يتيسر في غير العين وفي العين قال تشد عينها المعيبة بعد ان جاعت ثم يقرب اليها العلف قليلا قليلا فاذا رأته في موضع علم ذلك الموضع ثم تشد عينها الصحيحة ويقرب العلف اليها شيأ فشيأ حتى اذا رأته من مكان علم عليه ثم ينظر ما بينهما من التفاوت فان كان نصفا أو ثلثا أو غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر وفي الشرح ولو أوجب الفقير على نفسه أضحية بعينها او اشترى أضحية صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لا يسقط عنه الواجب لانه وجب عليه أضحية كاملة الا ان يكون غير معين كالموسر ولو كانت معيبة وقت الشراء جاز ذبحها لما ذكرنا ولو أضجعها ليذبحها في يوم النحر فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا ولو بقيت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذها من فورها وكذا بعد فورها عند محمد خلافا لابي يوسف وفي الخانية عشرة من الرجال اشتروا من رجل عشرة شياه جملة واحدة فصارت العشرة شركة بينهم فأخذ كل واحد منهم شاة وضحى بها عن نفسه جاز فاذا ظهر منها شاة عوراء وأنكر كل واحد من الشركاء ان تكون العوراء له لا تجوز أضحيتهم اهـ قال رحمه الله ﴿والاضحية من الابل والبقر والغنم﴾ لان جواز التضحية بهذه الاشياء عرفت شرعا بالنص على خلاف القياس فيقتصر على ما ورد وتجوز بالجاموس لانه نوع من البقر بخلاف بقر الوحش حيث لا تجوز الاضحية به لان جوازها عرف بالشرع في البقر الاهلي دون الوحشي والقياس يمتنع وفي المتولد منهما تعتبر الام وكذا في حق الحل تعتبر الام اهـ قال رحمه الله ﴿وجاز الثني من الكل والجذع من الضأن﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام لا تذبحوا الا مسنة الا ان يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن رواه البخاري ومسلم وأحمد وجماعة أخر وقال عليه الصلاة والسلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن رواه أحمد وقال عليه الصلاة والسلام يجوز الجذع من الضأن أضحية رواه أحمد وابن ماجه وقالوا هذا اذا كان الجذع عظيما بحيث لو خلط بالثنيات لا يشتبه على الناظرين والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر عند الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة أشهر والثني من الضأن والمعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين وفي المغرب الجذع من البهائم قبل الثني الا انه من الابل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة وعن الزهري الجذع من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية أشهر وفي الظهيرية ولو ان رجلين ضحيا بعشر من الغنم بينهما لم تجز ولو اشترك سبعة نفر في خمس بقرات جاز وان اشترك ثمانية نفر في سبع بقرات لم يجز وكذا عشرة وأكثر اهـ قال رحمه الله ﴿وان مات أحد السبعة وقال الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح وان كان شريك الستة نصرانيا أو مريد اللحم لم يجز عن واحد منهم﴾ ووجه الفرق ان البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القربة واختلاف الجهات فيها لا يضر كالقران والمتعة والاضحية لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان الأضحية من الغير عرفت قربة لأنه صلى الله عليه وسلم ضحى عن أمته ولم توجد القربة في الوجه الثاني لان النصراني ليس من أهلها ولو اشترك اثنان في بقرة أو بعير لا يجوز في الاضحية لانه يكون لواحد منهم ثلاثة أسهم ونصف والنصف لا يجوز في الاضحية والاصح انه يجوز لان النصف يصير قربة بطريق التبع لغيره شاتان بين رجلين ذبحاهما عن نسكيهما أجزأهما بخلاف العبدين بين اثنين اعتقاهما عن كفارتيهما لا يجوز لان في الشاتين أمكن جمع كل واحد منهما في شاة ولا كذلك الرقيق اشترك ثلاثة في بقرة لواحد ثلاثة اتساعها ومات وترك ابنا وبنتا صغارا وترك ستمائة درهم مع حصة البقرة فضحى الوصي عنهم بحصة الميت من البقرة لا يجوز عنه لان نصيب البنت لحم لا ملك لها فيه لان ما أصابها من ميراث الاب أقل من مائتي درهم ولو اشترك خمسة في بقرة فاشترك

أربعة منهم رجلا في البقرة تجوز الأضحية عنهم لأن للشركاء أربعة لكل واحد منهم خمسة فتصير الأربعة عشرين وقد جعلوا من الستة لهم أربعة والأربعة من عشرين أكثر من السبع ولو كانوا ستة فأشرك خمسة واحدا وأبى الواحد لم تجز أضحيتهم لأن نصيبه أقل من السبع لأن أصل حسابه ستة وثلاثون كل واحد ستة فيكون للخمسة ثلاثون وقد جعلوا ستة لكل واحد خمسة وخمسة من ستة وثلاثين أقل من السبع كذا في المحيط وكذا قصد الأعجمي من المسلم ينافيها وإذا لم يقع البعض قربة خرج الكل من أن يكون قربة لأن الإراقة لا تتجزأ وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز ٧ وهو رواية عن أبي يوسف لأنه تبرع بالإتلاف ولا يجوز عن غيره كالإعتاق عن الميت قلنا القربة تقع عن الميت كالتصدق لما روينا بخلاف الإعتاق لأن فيه إلزام الولاء للميت ولو كان بعض الشركاء صغيرا أو أم ولد إن ضحى عن الصغير أبوه أو عن أم الولد مولاها لم يجب عليهما جاز لأن كلها وقعت قربة ولو ذبحوها بغير إذن الورثة فيما إذا مات أحدهم لا تجزيهم لأن بعضها لم يقع قربة بخلاف ما تقدم لوجود الإذن من الورثة وفي فتاوى أبي الليث إذا ضحى بشاة عن غيره بأمره أو بغير أمره لا يجوز ولو ضحى ببدنة عن نفسه وعن أولاده فإن كانوا صغارا أجزأه وأجزأهم وإن كانوا كبارا فإن فعل ذلك بأمرهم فكذلك وإن كان بغير أمرهم لم يجز على قولهم وعن أبي يوسف أنه يجوز استحسانا وفي الكبرى لو ضحى عن الميت بغير أمره لا يجوز وهو المختار وفي رواية يجوز واختلفوا أهل الأضحية عن الميت أفضل أو التصدق أفضل ذهب بعضهم إلى أن التصدق أفضل وذهب بعضهم إلى أن الأضحية أفضل وفي الظهيرية رجل اشترى أضحية شراء فاسدا وضحى بها عن أضحيته جاز والبائع بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها حية وإن شاء استردها ولا شيء على المضحي ويتصدق بقيمتها مذبوحة وفي الخانية اشترى سبع بقرة فنوى بعضهم الأضحية عن نفسه في هذه السنة ونوى بعضهم عن السنة الماضية قالوا تجوز الأضحية على هذا الواحد ونية أصحابه عن السنة الماضية باطلة وصاروا متطوعين فيه بالسبعة لأنهم لو كانوا ثمانية لم تجز عن واحد منهم كما تقدم وفي أضاحي الزعفراني اشترى ثلاثة بقرة على أن يدفع أحدهم ثلاثة دنانير والآخر أربعة والآخر دينارا على أن تكون البقرة بينهم على قدر رأس مالهم فضحوا بها لم تجز ولو كانت البقرة أو البدنة بين اثنين فضحيا بها اختلف المشايخ قال بعضهم تجوز وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد اهـ قال رحمه الله ﴿ويأكل من لحم الأضحية ويؤكل ويدخر﴾ لما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحم الضحايا بعد ثلاث ثم قال كلوا وتزودوا وادخروا رواه مسلم وأحمد والنصوص فيه كثيرة وعليه إجماع الأمة ولأنه لما جاز أن يأكل منه وهو غني فأولى أن يجوز له إطعام غيره وإن كان غنيا قال رحمه الله ﴿وندب أن لا ينقص الصدقة من الثلث﴾ لأن الجهات ثلاثة الإطعام والأكل والادخار لما روينا ولقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر أي السائل والمتعرض للسؤال فانقسم عليها أثلاثا وهذا في الأضحية الواجبة والسنة سواء ولك أن تقول الأمر لمطلق الوجوب عند أكثر العلماء كما تقرر في علم الأصول والظاهر من قوله وأطعموا وجوب الإطعام والمدعى استحبابه فليتأمل في الجواب وإذا لم تكن واجبة وإنما وجبت بالنذر فليس لصاحبها أن يأكل منها شيئا ولا أن يطعم غيره من الأغنياء سواء كان الناذر غنيا أو فقيرا لأن سبيلها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولا أن يطعم الأغنياء وفي الظهيرية اشترى شاة للأضحية وهو فقير فضحى بها ثم أيسر في أيام النحر قال بعضهم عليه غيرها وقال بعضهم ليس عليه غيرها وبه أخذ في العتابية وهو المختار ولو أوصى بأن يضحى عنه ولم يسم ينصرف إلى الشاة أوصى بأن يشترى بماله أضحية ولم تجز الورثة فالوصية جائزة في الثلث ويشترى به شاة يضحى بها ولو أوصى بأن يشترى بقرة بعشرين درهما ويضحى ولم يبلغ ثلث ماله ذلك فإنه يشترى بقدر ما يبلغ وكذا لو لم يبين قدرا يشترى بقدر الثلث اهـ قال رحمه الله ﴿ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال أو جراب﴾ لأنه جزء منها وكان له التصدق والانتفاع به ألا ترى أن له أن يأكل لحمها ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لأن للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى فيه أنه لا يتصدق على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلا يبيعه بما لا ينتفع به إلا بعد الاستهلاك ولو باعها بالدراهم ليتصدق بها جاز لأنه قربة كالتصدق بالجلد واللحم وقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد كراهية البيع وأما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم قال رحمه الله ﴿ولا يعطي أجرة الجزار منها شيئا﴾ والنهي عنه نهي عن البيع لأنه في معنى البيع لأنه يأخذه بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع ويكره أن يجزوا صوفها قبل الذبح فينتفع به

٧ هكذا في الأصول ولعله لا يجوز حتى يأتي هذا الكلام [illegible] وأصول هذا الكتاب [illegible] والمراجعة اهـ مصححه

لانه التزم اقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لان القربة قد أقيمت بها والانتفاع بعدها مطلق له ويكره بيع لبنها كما في الصوف ومن أصحابنا من أجاز الانتفاع به يعني بلبنها وصوفها لان الواجب في حقه في الذمة فلا يتعين ويكره ركوب الدابة واستعمالها ولوا كتسب مالا من لبنها يتصدق بمثل ذلك وذكر محمد في النوادر ولا يشتري بالجلد الخل والزيت ولو ماتت أضحيته حلب لبنها وجز صوفها وسلخ جلدها فله ذلك ولا يتصدق بشيء كذا في المحيط وفي التتمة سئل علي بن أحمد عن رجل دفع لحم الاضحية عن زكاة ماله هل تسقط عنه الأضحية قال نعم وسئل الوبري عن هذا فقال يقع الموقع ولكنه يأثم وسئل علي أيضا لو كان لرجل دين على مقر هل تحل له الزكاة ؟ وقيل له هل عليه أضحية قال لا لان ماله مستقرض لم يصل اليه وسئل أيضا عن رجل له ديون مؤجلة أو غير مؤجلة على رجل وهو مقر حتى جاء يوم النحر وليس في يده شيء وعليه شراء الأضحية هل عليه أن يستقرض ويشتري أضحية فقال لا قيل له هل يجب على رب الدين أن يسأل المديون اذا غلب على ظنه انه لو سأله أعطاه ثمن الأضحية وان كان مؤجلا قال نعم وفي مجموع النوازل أربعة نفر اشترى كل واحد منهم شاة ولنها وسمنها واحد فحبسوها في بيت فلما أصبحوا وجدوا واحدة منها ميتة ولا يدري ان هي فانها تباع هذه الاغنام جملة ويشتري بقيمتها أربع شياه لكل واحد منهم شاة ثم يوكل كل واحد منهم صاحبه بذبح كل واحدة منها ويحلل كل واحد منهم صاحبه لتجوز عن الأضحية اهـ قال رحمه الله ﴿وندب أن يذبح بيده ان علم ذلك﴾ لان الاولى في القرب أن يتولاها الانسان بنفسه وان أمر به غيره فلا بأس لانه عليه الصلاة والسلام ساق مائة بدنة فنحر بيده نيفا وستين ثم أعطى الحربة عليا فنحر الباقي وان كان لا يحسن ذلك فالاحسن أن يستعين بغيره كيلا يجعلها ميتة ولكن ينبغي أن يشهدها بنفسه لقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي أضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب وفي فتاوى الفضلي شاة ندت وتوحشت فرماها صاحبها ونوى الأضحية فاصابها أجزأه عن الأضحية وفي الذخيرة وكله أن يشتري له كبشا أقرن أعين للاضحية فاشترى كبشا ليس باقرن ولا أعين لم يلزم الآمر اهـ قال رحمه الله ﴿وكره ذبح الكتابي﴾ لانه قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بانابته بخلاف ما اذا أمر المجوسي لانه ليس من أهل الذكاة فكان فساد الانتفاع قال رحمه الله تعالى ﴿ولو غلطا وذبح كل أضحية صاحبه صح ولا يضمنان﴾ وهذا استحسان والقياس انه لا تجوز الأضحية ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر رحمه الله تعالى لانه متعد بالذبح بغير أمره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة فلا تتأدى بنية غيره وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعيينها للأضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بمن يكون أهلا للذبح فصار مأذونا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام ويخاف أن يعجز عن اقامتها لعارض يعتريه فصار كما اذا ذبح شاة وشد القصاب رجلها وكيف لا يأذن له وفيه مسارعة الى الخير وتحقيق ما عينه ولا يبالي بفوات مباشرته وشهوده لحصول ما هو أعظم من ذلك وهو ما يناله فيصير اذنا دلالة وهو كالصريح ومن هذا الجنس مسائل استحسانية لاصحابنا ذكرناها في الاحرام عن الغير ثم اذا جاز ذلك عنهما يأخذ كل واحد منهما أضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله فان كان كل واحد منهما أكل ما ذبحه تحلل كل واحد منهما صاحبه فيجزئه لانه لو أطعمه الكل في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له أن يحلل في الانتهاء وان تشاحا كان لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم تصدق بتلك القيمة لانه بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه وذكر في المحيط مطلقا من غير قيد فقال ذبح أضحية غيره بغير أمره جاز استحسانا ولا يضمن لانه في العرف لا يتولى صاحب الأضحية ذبحها بنفسه بل يفوض الى غيره فصار مأذونا دلالة كالقصاب اذا شد رجل شاة للذبح فذبحها انسان بغير أمره لا يضمن ولو باع أضحية واشترى بثمنها غيرها فان كان الثاني انقص من الاول تصدق بالفضل ولو غصب شاة وضحى بها جاز عن أضحيته لانه ملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو كانت وديعة لانه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك الا بعده ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه فان ضمنه المالك قيمتها تجزئ عن الذابح دون المالك لانه ظهر ان الاراقة حصلت على ملكه على ما بيناه في المغصوبة وان أخذها مذبوحة أجزأت المالك عن التضحية لانه قد نواها ولا يضره ذبحها غيره على ما بيناه

وفي فتاوى ؟ اهوا رجلان ربطا أضحيتهما في مربط ثم غلطا فتنازعا في واحدة كل منهما يدعيها ولا يدعي الاخرى يقضي بالذي تنازعا فيها بينهما نصفين ولا تجوز الاضحية عنهما بهما وقال بعضهم تجوز عنهما جميعا والصحيح الاول والذي لم يتنازعا فيها لبيت المال

لانها مال ضائع ولو كانت ابلا او بقرا جازت الاضحية عنهما جميعا وان لم يذبحوا الا ثلاثة اضحية في رباط واحد ثم وجد واحد فيما يجمع
جواز الاضحية وامكن كل واحد منهم ان تكون له المعينة وتنازعوا في الاخرى فالمعينة لبيت المال لانها مال ضائع ويتصدق بثمنها
فالامر بين أثلاثا اه والله سبحانه وتعالى اعلم

﴿ كتاب الكراهية ﴾

أورد كتاب الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحد منهما لم يخل من أصل أو فرع يرد فيه الكراهة ألا ترى ان الاضحية في ليالي أيام النحر مكروهة وكذا في التصرف في الأضحية بجز صوفها وحلب لبنها وكذا ذبح الكتابي وغير ذلك كما أن الامر في كتاب الكراهية كذلك وترجم المؤلف بالكراهية لان بيان المكروه أهم من غيره لوجوب الاحتراز عنه وترجم محمد في الاصل بالاستحسان لما فيه مما استحسنه الشارع وقبحه وترجم القدوري في مختصره بالحظر والاباحة لما فيه مما منع عنه الشارع وأباحه والكراهية مصدر كره الشيء كرها وكراهة وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى وعسى أن تكرهوا شيأ وهو خير لكم الخ والمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة وليس ضد الارادة كما توهمه الشارح وجعل الكراهة ضد الارادة بل هو كما تقدم لك عن الميزان لان الله تعالى يريد الكفر والمعاصي ولا يحبهما كما قرر في علم الكلام وهي في الشريعة ما سيذكره المؤلف قال رحمه الله ﴿المكروه الى الحرام أقرب﴾ ونص محمد ان كل مكروه حرام وانما لم يطلق عليه لفظ الحرام لانه لم يجد فيه نصا قطعيا فكان نسبة المكروه الى الحرام عند محمد كنسبة الواجب الى الفرض وعن الامام وأبي يوسف انه الى الحرام أقرب وهذا الحد للمكروه كراهة تحريم وأما المكروه كراهة تنزيه فالى الحلال أقرب هذا خلاصة ما ذكروه في الكتب المعتبرة ولبعض المتأخرين كلمات ههنا طويلة الذيل لا حاصل لها تركناها عمدا وذكر في الفتاوى السراجية في هذا الكتاب ما في مسائل الاعتقاديات وقدمه وهو أولى بالذكر والتقديم قال الايمان هو الاقرار باللسان والاعتقاد بالجنان وذلك أن يقر بوحدانية الله تعالى وصفاته الازلية وبجميع ما جاء من عنده من كتب ويعتقد بقلبه ذلك والاقرار باللسان شرط في حق القادر على النطق على ظاهر الجواب وقيل الايمان هو الاعتقاد بالقلب والايمان بالتفاصيل ليس بواجب بل اذا آمن بالجملة كفى والايمان لا يزيد ولا ينقص لان الايمان عند اليأس من الاعمال ايمان اليأس غير مقبول وتوبة اليائس مقبولة الايمان غير مخلوق عند أئمة بخارى وعند أئمة سمرقند مخلوق وقيل لا خلاف بينهم في الحقيقة لان أئمة بخارى قالوا الايمان هداية الرب لعبده الى معرفته وذلك غير مخلوق وأئمة سمرقند قالوا الايمان فعل العبد وانه مخلوق وعلى هذا تعرف جواب من سأل ان الايمان عطائي أو كسبي ايمان المقلد صحيح وهو الذي اعتقد جميع أركان الاسلام بلا دليل وفي جامع الجوامع قال أبو القاسم من تعلم في الصغر آمنت بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره من الله تعالى وتعلم انه ايمان لكن لا يحسن تعبيره لا يحكم باسلامه وقال أبو الليث ان سأل فارسيا فقال هذا عرفت يحكم باسلامه قال وان كان لا يحسن أن يعبر والا يعرض عليه الاسلام وفي النوازل قال الفقيه اذا كان الرجل لا يحسن العبارة وهو بحال لو سئل بالفارسية يعرف ان الله واحد وان الانبياء رسل الله عز وجل وان الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من في القبور ويقول كنت عرفت ان الامر هكذا كان هذا مؤمنا وان كان لا يحسن أن يعبر عنه واذا سئل عن هذا قال لا أعلم بذلك ولا دين له ويعرض عليه الاسلام فان أسلم وكانت له امرأة يجدد نكاحها وفي السراجية المؤمن لا يخرج عن الايمان بارتكاب الكبيرة واذا مات بغير توبة فهو في مشيئة الله تعالى ان شاء غفر له وان شاء عذبه بقدر جنايته أو أقل ثم يدخله الجنة القرآن كلام الله تعالى غير مخلوق ولا محدث والمكتوب في المصاحف دال على كلام الله تعالى وانه مخلوق رؤية الله تعالى في الآخرة حق يراه أهل الجنة في الآخرة بلا كيفية ولا تشبيه ولا محاذاة أما رؤية الله تعالى في المنام أكثرهم قالوا لا تجوز والسكوت في هذا الباب أحوط القدر خيره وشره من الله تعالى بمشيئته وارادته القديمة الا ان المعاصي ليست برضا الله تعالى وفي الحاوي وعن أبي سلمة الفقيه انه قال هذه عشر مسائل التي وجدت عليها مشايخ السلف من أهل الهداية والجماعة من آمن بها كان منهم ومن لم يؤمن بها فهو صاحب هوى وبدعة ثم عد هذه العشرة وقال قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن أحمد القاضي ان الله تعالى خالق أفعال العباد وأفعالهم بقضاء الله تعالى ومشيئته وان الله تعالى خالق لم يزل وأن الله تعالى له علم موصوف في الازل وان الله تعالى يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد اذا كان أصلح للعباد أو لم يكن لا يسأل عما يفعل وهم يسألون وان شفاعة محمد حق لاهل الكبائر من أمته وان عذاب القبر حق

وانه يرجى من الله تعالى أن يعطي العباد ما يسألونه من دعائهم وفي السراجية صفات الله تعالى قديمة كلها من غير تفصيل بين صفات الذات وصفات الفعل وإنها قائمة بذات الله تعالى لا هو ولا غيره كل واحد من العشرة والله تعالى ليس بجسم ولا جوهر ولا عرض ولا حال بمكان ثم ان الله تعالى موصوف بصفات الكمال ونصفه بان له يدا ووجها ولكن لا كالايدي ولا كالاعين ولا يشتغل بالكيفية ويقول نحو ما وصف الله تعالى به من الصفتين بالفارسية قال السيد الامام أبو شجاع باليد يجوز وبالعين لا وفي الحاوي قال بعض السلف الجملة الصحيحة أن يقول العبد عند الامكان مع التسمية آمنت بجميع ما جاء به رسول الله صلى الله عليه وسلم على معنى ما أراده رسول الله صلى الله عليه وسلم والجنة والنار لا يفنيان عند أهل السنة والجماعة وفي الحاوي سئل أبو حنيفة عمن قيل له أمؤمن أنت عند الله فقال عندي أني عند الله مؤمن وذكر بعض المناظرين من المتكلمين ان الذي يجب على الانسان أحد الامرين اما أن يقبل على تحصيل هذا الفن حتى يبلغ منه في غاية فيصير الى حد من يصلح للمناظرة والمحاجة أو يلزم الذي قد اجتمع عليه أهل الملة ويجتنب المعصية والجنبة لغير الدين ويؤدي فرائض الله تعالى والجمل التي ذكرناها ان الله تعالى واحد لا شريك له ولا مثيل له ولا شبيه له وانه لم يزل قبل المكان والزمان وقبل العرش والهواء وقبل ما خلق من ذلك موجودا وانه القديم وما سواه محدث وانه العادل في قضائه الصادق في أخباره ولا يحب الفساد ولا يرضى لعباده الكفر وانه لا يكلفهم ما لا يطيقون وانه حكيم ومحسن في جميع أفعاله في كل ما خلق وقضى وقدر وانه يريد بهم اليسر ولا يريد بهم العسر وانه انما بعث اليهم المرسلين وأنزل عليهم الكتب ليذكر من وقع في سابق علمه انه يذكر ويخشى ويلزم الحجة على من علم منه انه لا يؤمن ويأبى وان الخيرة فيما قضاه الله وقدره وانه يقضي بالحق وان الرضا بقضائه واجب والتسليم لامره لازم وان ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن وان ما قضى فهو ماض في خلقه وماله وهو لازم لهم وان تأويل ذلك هو تأويل المسلمين وانه لا مرد له وان أمره نافذ في خلقه دائم الحاجة اليه في أداء ما كلفهم به وهو غني عنه لا يضره بدله ولا ينفعه منعه وانه ما خلق الخلق من الجن والانس الا ليعبدوه وانه يضل من يشاء ويهدي من يشاء وان اضلاله ليس كاضلال الذي علم به الشيطان وحزبه وانه يضل الظالمين ولا يضل الفاسقين ٧ وفي السراجية نبينا صلى الله عليه وسلم أكرم الخلق وأفضلهم ومعراجه الى العرش الى ما أكرمه الله تعالى ورؤيته الجنة والنار حق ورسالة الرسل لا تبطل بموتهم ورسل بني آدم أفضل من جملة الملائكة وعوام بني آدم من الاتقياء أفضل من عوام الملائكة وخواص الملائكة أفضل من عوام بني آدم كرامة الاولياء حق والولي لا يكون أفضل من النبي وشفاعة الانبياء والصالحين لبعض العصاة من المسلمين حق وأفضل الخليفة من هذه الامة أبو بكر بن أبي قحافة التيمي ثم عمر بن الخطاب العدوي ثم عثمان بن عفان الاموي ثم علي بن أبي طالب الهاشمي رضوان الله تعالى عليهم أجمعين الشرط أن يكون الخليفة قرشيا ولا يشترط ان يكون هاشميا العدالة ليست شرطا لصحة الامامة والامارة والقضاء انما هي شرط الاولوية العلم أفضل من العقل عند ما خلافا للمعتزلة أهل الجنة آمنون عن العزل غير آمنين عن خوف الجلال اطفال المشركين قيل هم في الجنة وقيل هم في النار وأبو حنيفة توقف فيهم وقال الشيخ الامام الرضي ان ولد الكافر كافر الكلام في الروح قال بعضهم يجوز وقال بعضهم لا يجوز ثم قيل هي الحياة وقيل هي عرض وقيل انها جسم لطيف وهي ريح مخصوص سؤال منكر ونكير حق وسؤالهما الانبياء قيل بهذه العبارة على ما داركتم أمتكم وفي بستان الفقيه باب ما جاء في ذكر الحفظة قال الفقيه اختلف الفقهاء في أمر الحفظة الكرام الكاتبين قال بعضهم يكتبون جميع أقوال بني آدم وأفعالهم وقال بعضهم لا يكتبون الا ما فيه أجر أو اثم ثم قال بعضهم يكتبون الجميع فاذا صعدوا السماء محوا ما لا أجر فيه ولا اثم وقال هو معنى قوله تعالى يمحو الله ما يشاء ويثبت قال ابن جريج هما ملكان أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله فالذي عن يمينه يكتب بغير شهادة صاحبه والذي عن يساره لا يكتب الا بشهادة منه ان قعد قعد الحفظة واحد عن يمينه والآخر عن يساره وان مشى فاحدهما امامه والآخر خلفه وان نام فاحدهما عند رأسه والآخر عند رجليه وقال بعضهم أربعة اثنان بالنهار واثنان بالليل والخامس لا يفارقه ليلا ولا نهارا واختلف الناس في الكفرة قال بعضهم عليهم حفظة وقال بعضهم لا يكون عليهم حفظة لان أمرهم ظاهر وعليهم واحد قال الفقيه لا يؤخذ بهذا القول والآية نزلت بذكر الحفظة في شأن الكفار ﴿تتمة﴾ سئل بعضهم هل على الصبي حفظة يكتبون له فقال رفع القلم عن ثلاث قيل له هل يكون معذورا بترك النظر قبل استكمال المدة التي يتعلق بها أحكام الشرع فقال ان كمل شرائط تكليفه قبل البلوغ وخطر بباله الخوف من ترك النظر لا يعذر وفي السراجية عذاب

القبر للكافرين أولبعض العصاة حتى تؤمن به ولا يشتغل بكيفيته ومما يتصل به فصل اشتمل على السنة والجماعة المضمرات
وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه قال المؤمن إذا أوجب السنة والجماعة استجاب الله دعاءه وقضى حوائجه
وغفر له الذنوب جميعا وكتب له براءة من النار وبراءة من النفاق وفي خبر عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان
على السنة والجماعة استجاب الله دعاءه وكتب له بكل خطوة يخطوها عشر حسنات ورفع له عشر درجات فقيل له يا رسول الله متى
يعلم الرجل أنه من أهل السنة والجماعة فقال إذا وجد في نفسه عشرة أشياء فهو على السنة والجماعة أن يصلي الصلوات الخمس بالجماعة
ولا يذكر أحدا من الصحابة بسوء وينقصه ولا يخرج على السلطان بالسيف ولا يشك في إيمانه ويؤمن بالقدر خيره وشره من
الله تعالى ولا يجادل في دين الله تعالى ولا يكفر أحدا من أهل التوحيد بذنب ولا يدع الصلاة على من مات من أهل القبلة ويرى المسح
على الخفين جائزا في السفر والحضر ويصلي خلف كل إمام بر وفاجر وفي الحاوي من أهل السنة والجماعة من فيه عشرة أشياء
الأول أن لا يقول شيئا في الله تعالى لا يليق بصفاته والثاني يقر بأن القرآن كلام الله تعالى وليس بمخلوق والثالث يرى الجمعة والعيدين
خلف كل بر وفاجر والرابع يرى القدر خيره وشره من الله تعالى والخامس يرى المسح على الخفين جائزا والسادس لا يخرج على
الأمير بالسيف والسابع يفضل أبا بكر وعمر وعثمان وعليا على سائر الصحابة والثامن لا يكفر أحدا من أهل القبلة بذنب والتاسع
يصلي على من مات من أهل القبلة والعاشر يرى الجماعة رحمة والفرقة عذابا قال صاحب الكشاف في هذا الفصل شروط وزيادات
لأصحابنا يجب أن تراعى وسئل أبو النصر الدبوسي عن معنى قوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة قال أي يولد على
دلالة الخلقة على معنى أن الله تعالى خلقه على خلقة لو نظر إليها وتفكر فيها على حسب ما يجب لدلته على ربوبيته ووحدانيته ومعنى
قوله يهودانه أي ينقلانه إلى حكم اليهودية وأحوالهما التلقين لكونه في أيديهم لذلك ظهر العمل في المسألتين خلفا عن سلف أن
الولد يكون تابعا للوالدين من غير أن يكون منه كفر أو إسلام على الحقيقة وسئل أبو النصر الدبوسي فقيل ما معنى الأخبار التي رويت
عن النبي صلى الله عليه وسلم وروي في بعضها صلوا خلف كل بر وفاجر وفي بعضها القدرية مجوس هذه الأمة إن مرضوا فلا تعودوهم
وإن ماتوا فلا تشيعوا جنائزهم وفي بعضها إن أمتي ستفترق على كذا وكذا كلهم في النار إلا واحدة فقال المشايخ إن من شرائط
السنة والجماعة أن لا يكفر أحدا من أهل القبلة وسئل بعضهم عن الفاجر والبر فقال الفاجر هو الفاسق من أهل الإسلام والبر هو
العدل من أهل الإسلام وقد جاء مفسرا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يخرج أحد من أهل الإسلام بذنب وذكر افتراق
الأديان بالأهواء فمن كان من أهل الإسلام فالصلاة خلفه جائزة وإن كان يعمل الكبائر وأهل الأهواء على ضربين منهم من يخرج
عن الإسلام ومنهم من لا يخرج فمن خرج عن الإسلام لا تجوز الصلاة خلفه وقد سبق الكلام فيه مستوفى في تتمة كلمات الكفر
في آخر كلمات الكفر في آخر كتاب السير وفي باب الجماعة ومن لا يخرج منه فالصلاة خلفه جائزة ومن خرج من الإسلام فهو في النار
فالذي لم يخرج منه فهو في جملة أهل المشيئة قال الله تعالى إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء وأما ما جاء في
حق أهل الأهواء أنهم لا يعادون ولا تشيع جنائزهم فهذا تغليظ وتشديد كان في الزمان الأول حيث كان المسلمون أمة واحدة في
عهد أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم أجمعين ولما قتل عثمان وقعت الفرقة وظهرت الأهواء وغلبت الأحزاب أهل
الأهواء ولم يمكن إمضاء الأمر على السبيل الأول وقد كانوا يخالفون علي بن أبي طالب رضي الله عنه ويراجعون وكذا العلماء والفقهاء
من بعده إلى يومنا هذا والدليل على ذلك ما جاء أن شهادة أهل الأهواء جائزة وسئل أبو بكر القاضي عن الرجل هل يعلم أنه على
مذهب أهل السنة والجماعة فقال إذا رجع علمه إلى كتاب الله وإلى ما قاله السلف الصالح فهو على مذهب السنة والجماعة

﴿فصل في الأكل والشرب﴾ قدم فصل الأكل والشرب على غيره لأن الاحتياج إلى بيان مسائله أهم من غيره قال رحمه الله
﴿كره لبن الأتان﴾ لأن اللبن يتولد من اللحم فصار مثله وكذا لبن الخيل يكره عند الإمام كلحمه عنده واختلف في كراهة لحم
الخيل عندهما كذا في فتاوى قاضيخان ولا تؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكلها وشرب لبنها
والجلالة هي التي تعتاد أكل الجيف ولا تخلط فيكون لحمها منتنا ولو حبست حتى يزول النتن حلت ولم يقدر لذلك مدة في الأصل وقدر
في النوادر بشهر وقيل بأربعين يوما في الإبل وعشرين يوما في البقر وعشرة أيام في الشاة وثلاثة أيام في الدجاجة والتي تخلط
بأن تتناول النجاسة والجيف وتتناول غيرها على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها فلا بأس بأكلها ولهذا يحل أكل جدي تغذى بلبن

الخبز لان له لا يتغير وما يغذى به يصير مستهلكا لا يبقى له أثر وهذا لو لا بأس بأكل الدجاج لانها تخلط ولا يتغير لحمه وما روى
أن الدجاج يحبس ثلاثة أيام ثم يذبح فذلك على وجه التنزه لا على انه شرط وفي المحيط ولا بأس بأكل شعير يوجد في بعر الابل
والشاة فيغسل ويؤكل وان في أخثاء البقر وروث الفرس لا يؤكل لان البعر صلب فلا تتداخل النجاسة في اجزاء الشعير والحنطة
ولا بأس بأكل دود الزيتون قبل أن ينفخ فيه الروح لان اسم الميت انما يطلق على من له روح ويكره دفع الجهد من السقاية وحمله
الى المنزل لانه وضع للشرب لا للحمل والحطب الذي يوجد في الماء ان كان لا قيمة له فهو حلال لانه مأذون في أخذه وان كان له قيمة
فلا ولا بأس بوضع العلك للنساء لان سنون أصبعهن من سن الرجال فاقيم العلك لهن مقام السواك ولا بأس للنساء بخضاب اليد والرجل
ما لم يكن خضاب فيه تماثيل ويكره للرجال والصبيان لان ذلك تزين وهو مباح للنساء دون الرجال ولا بأس بخضاب الرأس
واللحية بالحناء والوسمة للرجال والنساء لان ذلك سبب لزيادة الرغبة والمحبة بين الزوجين ويجوز رفع الثمار من نهر جار وأكلها
وان كثر لانه مما يفسد بالماء اذا ترك فيكون مأذونا بالرفع دلالة رجل نثر السكر فوقع في حجر رجل فاخذه رجل آخر منه ان كان
فتح حجره ليقع فيه السكر لا يجوز لانه أحرزه والا فيجوز لانه ما أحرزه وعلى هذا رجل وضع طشتا على سطح فاجتمع فيه ماء المطر
شاء رجل ورفعه ان كان وضعه صاحبه لذلك فهو له وان لم يضعه لذلك فهو للرافع لانه لم يحرزه وفي الظهيرية وان أكل أكثر من
حاجته ليتقايأ قال الحسن البصري رأيت أنس بن مالك يأكل ألوانا من الطعام ويكثر ثم يتقايأ وينفعه ذلك وهو المذهب عند أصحابنا
روى عن بعض الاطباء انه قيل له هل تجد الطب في كتاب الله دليل الطب قال نعم قد جمع الله الطب في هذه الآية وهو قوله كلوا
واشربوا ولا تسرفوا ويعني الاسراف في الاكل والشرب هو الذي منه الامراض وقيل متى كان الرجل قليل الاكل كان أصح جسما
وأجود حفظا وأذكى فهما وأقل نوما وأخف نفسا كرمه كل واحد منهما افساد الطعام قال ومن الافساد الاسراف في الطعام
وهو أنواع فمن ذلك ان يأكل فوق الشبع فهو حرام وفي الينابيع واذا أكل الرجل فوق الشبع فهو حرام في كل ما كول ومن
المتأخرين من استثنى حالة ما اذا كان له غرض صحيح في الاكل فوق الشبع فحينئذ لا بأس به فان أصابه ضيف بعد ما أكل قدر حاجته
فليأكل لاجله حتى لا يخجل أو يريد صوم الغد فيتناول فوق الشبع ومن الاسراف في الطعام الاسراف في المباحات والالوان
فذلك منهي عنه الا عند الحاجة بأن يمل من ناحية واحدة فليستكثر من المباحات ليستوفي من أي لون شاء فيحصل له مقدار ما يتقوى
به على الطاعة وكذلك اذا كان من قصده ان يدعو الاضياف قوما بعد قوم الى أن يأتوا الى آخر الطعام ولا بأس بالاستكثار في هذه
الصورة ومن الاسراف ان يأكل وسط الخبز ويدع حواشيه ويأكل ما انتفخ من الخبز كما يفعله بعض الجهال ويزعمون ان ذلك
ألذ ولكن هذا اذا كان لا يأكل غيره ما ترك من حواشيه فاما اذا كان غيره يتناول ذلك فلا بأس بذلك كما لا بأس ان يتناول
رغيفا دون رغيف ومن الاسراف التمسح بالخبز وفي الذخيرة ومن الاسراف مسح السكين والاصبع بالخبز عند الفراغ من الاكل
من غير ان يأكل ما تمسح فيه فاما اذا أكل فلا بأس به وفي التتمة سئل عمن مسح اليد على نيابه فقال لا يجوز وسئل عن مسح
اليد بدستارورق فقال لا يجوز وفي الكافي ولا بأس بخرقة الوضوء والمخاط وفي الجامع الصغير وتكره الخرقة التي تحمل ويمسح بها
العرق الا اذا كان شيأ لا قيمة له وكذا الخرقة التي يمتخط بها وكذا التي يمسح بها الوضوء وانما يكره اذا فعل ذلك للتكبر اما اذا
فعل ذلك للحاجة فلا يكره ومن الاسراف اذا سقط من يده لقمة ان يتركها بل ينبغي ان يبتدأ بتلك اللقمة وينبغي ان لا ينتظر
الادام اذا حضر الخبز ويأخذ في الاكل قبل ان يأتي الادام ويستحب غسل اليدين قبل الطعام فان فيه بركة وفي الرعاية والسنة
ان يغسل الايدي قبل الطعام وبعده وفي واقعات الناطفي الادب في غسل الايدي قبل الطعام ان يبدأ بالشبان ثم بالشيوخ واذا غسل
لا يمسح بالمنديل لكن يترك ليجف ليكون أثر الغسل باقيا وقت الاكل والادب في الغسل بعد الطعام ان يبدأ بالشيوخ ويمسح
بالمنديل ليكون أثر الطعام زائلا بالكلية وفي التتمة سئل والدي عن غسل الفم للاكل هل هو سنة كغسل اليد فقال لا واذا غسل
يده للاكل بنخالة أو غسل رأسه بذلك او أحرقها ان لم يكن فيها شيء من الدقيق وهي نخالة تعلف بها الدواب فلا بأس وفي الذخيرة
وفي نوادر هشام سألت محمدا عن غسل اليدين بالدقيق بعد الطعام هل هو مثل الغسل بالاشنان فاخبرني ان أبا حنيفة وأبا يوسف
لم يريا بما توارثه الناس ذلك من غير تكبر وفي الخانية ويكره للجنب رجلا كان أو امرأة ان يأكل طعاما أو شرابا قبل غسل
اليدين والفم ولا يكره ذلك للحائض ويستحب تطهير الفم من جميع المواضع وينبغي ان يصب من الآنية على يده بنفسه ولا يستعين

بغيره في وضوء حكي ذلك عن مشايخنا رحمهم الله تعالى في أنه قال هذا كالوضوء ولا يستعين بغيره في وضوء ولا يأكل طعاما حارا به
ورد الأثر ولا يشم الطعام فإن ذلك عمل البهائم ولا ينفخ في الطعام والشراب ومن السنة أن لا يأكل الطعام من وسطه ويأكل من
ابتداء الأكل ومن السنة لحس القصعة وأن يلعق أصابعه قبل أن يمسحها بالمنديل وتركه من أثر التنعم والجبارة وفي الخلاصة ومن
السنة لعق القصعة وفي الظهيرية رجل أكل الخبز مع أهله واجتمع كسيرات الخبز ولا يشتهي أكلها فله أن يطعمها الدجاجة والشاة
والبقرة وهو الأفضل ولا ينبغي أن يلقيه في النهر والطريق إلا إذا وضع لأجل النمل ليأكل النمل حينئذ يجوز وهكذا فعل بعض السلف
ومن السنة أن يأكل ما سقط من المائدة ومن السنة أن يبدأ بالملح ويختم بالملح وفي السراجية الأكل على الطريق مكروه وأكل
الميتة حالة المخمصة قدر ما يدفع به الهلاك عن نفسه لا بأس به ولا بأس بطعام المجوس إلا الذبيحة رجل قال من تناول من مالي فهو مباح
فتناول رجل من غير أن يعلم بالإباحة جاز ولا ينبغي للناس أن يأكلوا من طعام الظلمة ليقبح الأمر عليهم ويزجرهم عما يرتكبونه وإن
كان يحل طعامهم أكل دود القز قبل أن ينفخ فيه الروح لا بأس به وفي الخانية الجدي إذا ربي بلبن الأتان قال ابن المبارك يكره أكله
وأخبرني رجل عن الحسن أنه قال إذا ربي الجدي بلبن الخنزير لا بأس به فقال معناه إذا اعتلف أياما فهو بعد ذلك كالجلالة وبول
ما لا يؤكل لحمه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز التداوي به وعند محمد يجوز التداوي وغيره وذكر في عيون المسائل إذا مر الرجل
بالثمار في أيام الصيف وأراد أن يتناول منها الثمار الساقطة تحت الأشجار فإن كان ذلك في المصر لا يسعه التناول إلا إذا علم أن صاحبها
قد أباح إما نصا أو دلالة أو عادة وإذا كان في الحائط فإن كان من الثمار التي تبقى مثل الجوز وغيره لا يسعه الأخذ إلا إذا علم الإذن
وفي الغياثية هو المختار وإن كان من الثمار التي لا تبقى اختلفوا فيه قال الصدر الشهيد والمختار أنه لا بأس بالتناول ما لم يتبين النهي إما
صريحا أو عادة وفي العتابية والمختار أنه لا يأكل منها ما لم يعلم أن صاحبها رضي بذلك وإن كان ذلك في الرساتيق التي يقال لها بالفارسية
هراسيه فإن كان من الثمار التي لا تبقى فالمختار أنه لا بأس بالأكل ما لم يتبين النهي وفي جامع الجوامع ولا يحل حمل شيء منه وأما إذا كان
الثمار على الأشجار فالأفضل أن لا يؤخذ في موضع ما إلا بإذن إلا أن يكون موضعا كثير الثمار يعلم أنه لا يشق عليه أكل ذلك فيسعه
الأكل ولا يسعه الحمل وأما أوراق الأشجار إذا سقط على الطريق في أيام الفليق وأخذ إنسان شيئا من ذلك بغير إذن صاحب الشجر
فإن كان هذا ورق شجر ينتفع بورقه نحو التوت وما أشبه ذلك ليس له أن يأخذ وإن أخذ يضمن وإذا كان لا ينتفع به له أن يأخذ
وإن أخذ لا يضمن وفي الفتاوى الخلاصية ولو مر بسوق العامة فوجد فيه سكرا لا يسعه أن يتناول منه ولو أن قوما اشتروا فلاة من
أرز فقالوا من أظهر الفلاة فعليه أن يشتري منه فيأكله فأظهر واحد واشترى ما أو جعوه عليه يكره الأكل لأن فيه تعليقا بالشرط
وفي الخانية شجرة في مقبرة قالوا إن كانت نابتة في الأرض قبل أن يجعلها مقبرة فمالك الأرض أحق بها يصنع بها ما شاء وإن كانت
الأرض مواتا لا مالك لها فجعلها أهل تلك المحلة أو القرية مقبرة فإن الشجرة وموضعها من الأرض على ما كان حكمها في القديم وإن
نبتت الشجرة بعدما جعلت مقبرة فإن كان الغارس معلوما كانت له وينبغي أن يتصدق بثمن ثمرها وإن كانت الشجرة نبتت بنفسها
فحكمها يكون للقاضي إن رأى قلعها أو إبقاءها على المقبرة فعل رفع الكمثرى من نهر جار ورفع التفاح وأكلها جائز وإن كثر
وفي الجوز الذي يلعب به الصبيان يوم العيد لا بأس بأكله إذا لم يكن الأكل على وجه القمار وفي الظهيرية وهو المختار وفي الخلاصة
والأكل مكشوف الرأس والأكل يوم الأضحى قبل الصلاة فيه روايتان والمختار أنه لا يكره وأكل الطين مكروه وفي فتاوى أبي الليث
ذكر شمس الأئمة إذا كان يخاف على نفسه من أكل الطين إن كان يورث علة لا يباح له أكل الطين وكذا كل شيء أكله يورث
ذلك وإن كان يتناول منه قليلا ويفعل أحيانا لا بأس به وأكل الطين البخاري لا بأس به ما لم يسرف وكراهة أكله لا لحرمته بل لأنه
يهيج الداء والمرأة إذا اعتادت أكل الطين تمنع من ذلك إذا كان يوجب النقصان في جمالها ولا بأس بأكل الفالوذج والأطعمة
المعيسة وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أكل الرطب مع البطيخ وأكل عمر رضي الله عنه البطيخ مع السكر وفي التتمة وضع الملح
على القرطاس ووضعه على الخبز يجوز وتعليق الخبز بالخوان مكروه ويكره وضع الخبز تحت القصعة وكان الشيخ ظهير الدين
المرغيناني لا يفتي بالكراهة في وضع المملحة على الخبز ولا مسح السكين بالخبز والأصابع ومن المشايخ من أفتى بالكراهة وفي التتمة
سئل أبو يوسف بن محمد والحسن بن علي عن مريض قال له طبيب لا بد لك من أكل لحم الخنزير حتى يدفع عنك العلة فالأحسن
له أكله وقيل هو يفرق الأمر بينهما إذا أمره بأكله أو جعله في داره فقالا لا قيل ولو كان الحلال أكثر قالا وقياس الافتاء في شرب

الحمر للتداوي انه يجوز في لحم الحمر وسئل الحسن بن علي عن أكل الحية والضفدع وأكل الدواء الذي فيه الحية اذا أشار الطبيب الحاذق بانه يدفع العلة هل يحل أكله قال لا وسئل علي بن أحمد عن خبز الخبز على نوعين نوع للجواري ونوع لنفسه وبأكل ما يجعل لنفسه هل يأثم قال يكره له ذلك وسئل عن سؤر الهرة اذا عجن فيه الدقيق وخبز هل يكره أكله قال لا وسئل عن الخبز اذا عجن بالحليب قال لا يكره ولا بأس به وعن قطع اللحم بالسكين قال لا بأس به وسئل عن عرق الآدمي وعمامته ودمعه اذا وقع في المرقة أو في الماء هل يؤكل المرقة ويشرب الماء قال نعم ما لم يغلب ويصير مستقذرا طبعا وسئل عن سن الآدمي اذا طحن في الحنطة فالمنصوص عليه ان لا يؤكل وهل تدفن الحنطة أو يأكلها البهائم قال لا يأكلها البهائم وسئل عن الفارة تأكل الحنطة هل يجوز أكلها قال نعم لاجل الضرورة وسئل أبو الفضل عن اشعال التنور بأحشاء البقر هل يجوز اذا خبز بها الخبز قال يجوز أكل ذلك الخبز وسئل أبو حامد عن شعل التنور بأرواث الحمر هل يخبز بها قال يكره ولو رش عليه ماء بطلت الكراهة وعليه عرف أهل العراق ورماده طاهر وفي العتابية يكره الاكل والشرب متكئا أو واضعا شماله على عينه أو مستندا ولا يسقي اناء الكافر خمرا ولا يناوله القدح ويأخذ منه ولا يذهب به الى البيعة ويرد منها ويوقد تحت قدره اذا لم يكن فيه ميتة وفي النوازل قال محمد بن مقاتل الطعمة لطعمتان أحدهما ان يتعمد الرجل السمن وعظم البطن فان هذا مكروه وأما من رزقه الله سلما عظيما وكان ذلك خلقا من غير ان يتعمد السمن ولا شيء عليه قال الفقيه أبو الليث الحبر الذي ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم ان الله يبغض الحبر السمين معناه اذا تعمد السمن أما اذا خلقه الله سمينا فهو غير داخل في الخبر اه وفي السراجية ويكره ان يلبس الرجل ثوبا فيه كتابة بذهب وفضة روي انه قول أبي يوسف وعلى قياس قول الامام لا يكره ولا بأس بلبسه اه قال رحمه الله (والاكل والشرب والادهان والتطيب في اناء ذهب وفضة للرجال والنساء) لما روى حذيفة انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافهما فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة رواه البخاري ومسلم وأحمد وروي عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الذي يشرب في اناء الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم فاذا ثبت في الشرب فالاكل كذلك والتطيب لاستوائهم في الاستعمال فيكون الوارد فيها واردا فيما هو في معناها دلالة ولانها من تنعم المترفين والمسرفين وتشبههم وقد قال الله تعالى فيهم أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا وقال عليه الصلاة والسلام من تشبه بقوم فهو منهم والمراد بقوله كره كراهة التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لاطلاق ما رويناه وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميلهما وما أشبه ذلك من الاستعمالات ومعنى يجرجر يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته قال في النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن على الرأس أما اذا أدخل يده وأخذ الدهن ثم صب على الرأس لا يكره وعزاه الى الذخيرة وظاهر عبارة النهاية حيث عبر بقيل انه ضعيف قال في الجامع الصغير قالوا وهذا اذا كان يصب من الآنية على رأسه أو بدنه أما اذا أدخل يده في الاناء وأخرج منها الدهن ثم استعمل ولا يكره اه وهو يفيد صحته قال في العناية وأرى انه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة والميل ولا بد أن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكر في المحرمات واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الادهان وهو يقتضي انه لا يكره اذا أخذ الطعام من آنية الذهب والفضة بملعقة ثم أكل منها وكذا اذا أخذ بيده ثم أكل منها وأجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يصلح جوابا عما أورده صاحب العناية قال حيث قال تعدد كرالاعتراض أول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم أما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتدائية وأما الثاني فلان مرادهم أن الادوات المصوغة من المحرمات انما يحرم استعمالها فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاواني الكبيرة المصوغة من الذهب والفضة لاجل أكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا أكل منها باليد أو الملعقة وأما اذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الاواني الصغيرة المصوغة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس لانها صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه أما اذا أدخل يده وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد ولا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك على الطرف المحرم اه وأورد عليه بانه الموجود في عبارة المتقدمين كالجامع الصغير والمحيط والذخيرة وانما وقع كله في عبارة بعض المتأخرين والثاني أن العرف المتعارف فيه التناول باليد والمعرفة فما ذكره لا تصلح فارقا وفي الفتاوى العتابية ويكره أن يدهن رأسه بدهن من اناء فضة وكذا اذا صب الدهن على رأسه ثم مسح رأسه أو لحيته وفي العالية

لا بأس به ولا يصب الغالية على الرأس من الدهن وفي المنتقى يكره أن يستجمر بمجمر ذهب أو فضة وهو مروي عن الامام وأبي يوسف وفي السراجية ويكره أن يكتب بقلم ذهب أو فضة أو دواة كذلك قال رحمه الله ﴿لا من رصاص وزجاج وبلور وعقيق﴾ يعني لا تكره الاواني من هذه الاشياء وقال الامام الشافعي تكره لانها في معنى الذهب والفضة قلنا لا نسلم ذلك ولان عادتهم لم تجر بالتفاخر بغير الذهب والفضة فلم تكن هذه الاشياء في معناهما فامتنع الالحاق بهما بخلاف استعمال الاواني من الصفر لما روي عن عبد الله بن زيد قال أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخرجنا له ماء في تور من صفر فتوضأ رواه البخاري وأبو داود وغيرهما ويستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه في معناه الى غيره قال رحمه الله ﴿وحل الشرب في اناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض وتتقي موضع الفضة﴾ يعني يتقي موضعها بالفم وقيل بالفم واليد في الاخذ والشرب وفي السرج والكرسي موضع الجلوس وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة وكذا الكرسي المضبب بهما وكذلك اذا جعل ذلك في نصل السيف والسكين أو في قبضتهما ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة وكذا اذا جعل ذلك في المسجد أو حلقة المرآة أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا وكذا اللجام والركاب المفضض وهذا كله عند الامام وقال أبو يوسف يكره ذلك كله وقول محمد يروى مع الامام ويروى مع الثاني وهذا الخلاف فيما اذا كان يخلص وأما المموه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة به قال الشارح للثاني ما روي عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من شرب من اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شيء من ذلك فانما يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني وورد عليه بعض حيث قال لو ثبتت هذه الزيادة كان حجة قاطعة على الامام لكن لم نجده في رواية البخاري وغيره الا خاليا عن هذه الزيادة اهـ أقول عدم وجدان تلك الزيادة فيما ذكر لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم يرها مع ان هذا القائل من فرسان ميدان علم الحديث فليتأمل وللامام ما روي من الاخبار مطلقا من غير قيد بشيء ولما روي عن أنس ان قدح رسول الله صلى الله عليه وسلم كان فيه ضبة فضة ولان الاستعمال هو القصد للجزء الذي يلاقي العضو وما سواه تبع له في الاستعمال فلا يكره فصار كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في فص الخاتم وكالعمامة المعلمة بالذهب وروي ان هذه المسئلة وقعت في مجلس أبي جعفر الدوانيقي والامام حاضر وأئمة عصره حاضرون فقالت الائمة يكره والامام ساكت فقيل له ما تقول قال ان وضع فمه في موضع الفضة يكره والا فلا قيل له من أين لك قال أرأيت لو كان في أصبعه خاتم فضة فشرب من كفه يكره ذلك فوقف الكل وتعجب أبو جعفر من جوابه وفي نوادر هشام في قارورة ذهب أو فضة يصب منها الدهن على رأسه والاشنان أكرهه ولا أكره الغالية وفرق بينهما بان في الغالية يدخل الانسان يده فاذا أخرجه الى الكف لم يكن استعمالا فاما الدهن فانه يستعمل ولا يشد الانسان بالذهب ولو جدع أنفه لا يتخذ أنفا من ذهب و يتخذه من الفضة عند الامام وعند الثالث يتخذ من الذهب لما روي عن عرفجة انه أصيب أنفه فاتخذ أنفا من الفضة فانتن فامر النبي عليه الصلاة والسلام بان يتخذ أنفا من الذهب ولان الفضة والذهب مستويان في الحرمة واذا سقطت ثنيته فانه يكره ان يعيدها أو يشدها بذهب أو فضة ولكن يأخذ سن شاة مذكاة فيجعلها مكانها عند الامام وقال أبو يوسف يشدها بالذهب والفضة في مكانها كذا في المحيط مع بيان الدليل اهـ وفي العتابية وسلاسل الخيل من الفضة فيها الخلاف المتقدم اهـ قال رحمه الله ﴿ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة﴾ قال الشارح وهذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل قول الكافر في الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة ولان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبول قوله لكثرة وقوع المعاملات اهـ أقول الظاهر ان أصل عبارة المؤلف في الحل والحرمة الضمني فاسقط بعض الكتبة لفظ الضمني فشاع ذلك واشتهر حتى اذا كان خادم كافر أو أجير مجوسي فارسله ليشتري له لحما فقال اشتريت من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله وان قال اشتريت من مجوسي لا يسعه فعله لانه لما قبل قوله في حق الشراء منه لزم قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرنا وان كان لا يقبل قوله فيه قصدا بان قال هذا حلال أو هذا حرام ألا ترى أن بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعا للارض يجوز وكم من شيء يصح ضمنا وان لم يصح قصدا كذا صرح بنو ابه قاطبة ولو قال اشتريته من غير المسلم والكتابي فانه يقبل قوله في ذلك وتضمن حرمة ما اشتراه كما صرح به أيضا قال رحمه الله ﴿والمملوك والصبي في الهدية والاذن﴾ الاصل أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حرا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا صغيرا كان أو كبيرا لعموم الضرورة الداعية الى ذلك والى سقوط اشتراط العدالة فان الانسان قلما يجد المستجمع لشرائط العدالة ولا دليل مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب المعاملات ووقعوا

في حرج عظيم وبابه مفتوح ولأن المعاملات ليس فيها إلزام واشتراط العدالة للإلزام ولا معنى لاشتراطها فيما لا إلزام فيه فلهذا شرط فيها التمييز لا غير
فإذا قبل قول المميز وكان في ضمن قوله ما هو من الديانات يقبل قوله في الديانات ضمنا كما إذا قال المميز أهدى إليك
مولاي هذه الجارية أو بعثني مولاي بها إليك يسعه الأخذ والاستمتاع حتى جاز له الوطء بذلك لأن الديانات دخلت ضمنا للمعاملات
كما تقدم بخلاف الديانات المقصودة لأنه لا يكثر وقوعها كالمعاملات ولا حرج في اشتراط العدالة ولا حاجة إلى قبول قول الفاسق لأنه
متهم فيها وكذا الكافر والصبي لا يتهمان فيها وأطلق في الهدية والإذن فشمل ما إذا أخبر بالهدية المولى نفسه أو غيره بأن
يقول أهدى إليك سيدي وشمل أيضا ما إذا أخبر المملوك بإهداء الجواري والمتاع وغيره كذا في الهداية وغيرها وفي المحيط
والمعتوه كالصبي اهـ قال في الهداية وفي الإذن بأن جعل المولى عبده مأذونا له في التجارة قال ولو أن رجلا علم أن جارية لرجل يدعيها
رجل ورآها في يد رجل آخر يبيعها قائلا الذي في يده الجارية كانت كذلك إلا أني [illegible] وصدقه في ذلك وكان مسلما ثقة فلا بأس
بأن يشتريها منه وفي [illegible] ولا تقبل هديته ولا صدقته حتى يتحرى فإن وقع في قلبه أنه صادق يعمل به وإن لم يقع تحريه على شيء
من ذلك بقي ما كان على ما كان وإن كان وقع تحريه على أنه كاذب لا يعمل به قال في التلويح قيل ذكر فخر الإسلام أن خبر
المميز غير العدل يقبل في الوكالة والهدايا من غير تحر وفي موضع آخر أنه يشترط التحري وهو المذكور من كلام السرخسي ومحمد
قيل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسيرا لهذا فيشترط ويجوز أن يشترط استحسانا ويجوز أن يكون في المسألة
روايتان قال رحمه الله ﴿والفاسق في المعاملات لا في الديانات﴾ يعني يقبل قول الفاسق فيها كذا لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا
إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا والتبين التثبت وهو طلب البيان وذلك بالتحري وطلب الصدق في خبره لأن الفاسق قد يكون
ذا مروءة فيستنكف عن الكذب وقد يكون ذا خسة لا يبالي عن الكذب فوجب طلب التحري فإن وقع تحريه على أنه صادق
يقبل قوله والأولى والأحوط والأوثق أن يريقه ويتيمم وفي المحيط ولو أخبر بذلك فاسق أو من لا تعرف عدالته فإن غلب على
ظنه صدقه فيسمع قوله والأولى اهـ ولا يقبل قول الذمي وفي الخانية أي لأن الكافر يعتقد أن المسلم على دين باطل فيقصد
الإضرار به للعداوة فيرجح الكذب في خبره ولا يجب التحري بل يستحب لأن احتمال الصدق قائم ثم يتحرى فيما أخبره فمتى قال
التحري يجب لاستواء الصدق والكذب فيه كذا في المحيط قال الشارح ولا يقبل في الديانات قول المستور في ظاهر الرواية وعن
أبي حنيفة أنه يقبل ويقبل في الديانات قول العبد والأمة إذا كانوا عدولا لترجح جانب الصدق في خبرهم والوكالة من المعاملات
والإذن في التجارة من المعاملات وكل شيء ليس فيه إلزام ولا ما يدل على النزاع من المعاملات فإن كان فيه شيء من ذلك لا يقبل
فيه خبر الواحد ومن الديانات الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال ملك قال السمناني لا يقبل خبر العدل في الديانات إذا كان فيه زوال
ملك حتى لو أخبر رجل عدل أو امرأة أن الزوجين ارتضعا ولأنه لا يسأل إلا بعدد الشهادة اهـ فإن قلت لماذا اشترط
في قبول خبر العدل عدم زوال الملك ولم يشترط ذلك في قبول خبر الصبي والمملوك حتى لو قال الصبي والعبد سيدي أهدى إليك هذه
الجارية قبل قوله وفيه زوال الملك مع أن العبد أدنى حالا من الحر العدل قلنا لأن ملك الرقبة أدنى حالا من ملك النكاح بدليل
اشتراط الشهادة في ملك النكاح دون ملك الرقبة فلهذا اشترط في خبر الحر ما ذكر دون خبر الصبي فتأمل اهـ وحاصله أن الخبر
أنواع أحدها خبر الرسول ولا بأس فيه [illegible] فيشترط فيه العدالة لا غير والثاني خبره فيما فيه عقوبة فهو كالأول عند الثاني وهو
اختيار الخصاف خلافا لأبي الحسن الكرخي حيث يشترط فيه أبواب عدة وهلال رمضان من القسم الأول والثالث حقوق
العباد فيما فيه إلزام من [illegible] فيشترط فيه إحدى شرطي الشهادة إما العدد أو العدالة خلافا لهما حيث يقبل فيها خبر كل مميز
والرابع المعاملات وقد بيناه اهـ وفي التتارخانية ويشترط أن يكون المخبر عدلا مسلما إذا كان [illegible] كذا ذكر في المختصر العدالة
ولم يذكر الإسلام وينبغي أن يذكر الحال وإن ذكر الإسلام اتفاق وليس بشرط اهـ قال رحمه الله ﴿ولو أخبره مسلم ثقة حر أو عبد
ذكر أو أنثى أنه ذبيحة مجوسي وقال الباقون بل حلال وهم عدول أخذ بقول أحد ثقة ولم﴾ وكذا لو أخبره عدلان لأن الصدق يترجح بزيادة
العدد في الخبر بخلاف الشهادة فإن كانوا اثنين أحدهما قول الواحد لأنه لا يجوز إبطال خبر العدل بغيرهم وإن كان فيهم واحد عدل
يتحرى كما لو أخبره عدلان أحدهما بالحل والآخر بالحرمة فيجب ترجيح أحدهما بالتحري وإن لم يكن له رأي واستويا عنده
فلا بأس بأن يأكل بخلاف ما إذا روى أحدهما خبر الحرمة وروى أحدهما [illegible] ترجيح الحرمة على الحل بجعل الحرمة ناسخا ولو أخبره

لو أخبره حران … وعبدان بحل يرجح خبر الحرين بالحرمة ولو أخبره حران عدلان
إنسان بالحل وواحد بالحرمة فلا بأس بأكله … ولو اشترى جارية فأخبره مسلم ثقة أنها حرة
يحل وأربعة عبيد بحرمته أو رجل يحل وامرأتان بحرمته يرجح بالذكورة والحرية
الأصل أو أخته من الرضاع فله أن يطأها وإن تنزه فهو حسن لأن شهادة الواحد لا تبطل الملك ولا يوجب حرمة الرضاع ولو ملك طعاما
أو جارية ثم شهد مسلم ثقة أن المالك غصبه من فلان تنزه عن أكلها ووطئها ولو أخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي وأخبره … أنه
ذبيحة مسلم … والقصاب يقبل تنزه عن ذلك ولو قيل لأعمى علامة وله شرف جارية لا يدري أهي في يد غيره لم يسعه أن يشتريها
ما لم يعرف أنها ملك الذي في يده أو ما دون بيعها رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها فغاب عنها وأخبره مخبر أو عبد أو محدود
في قذف أنها ارتدت عن الإسلام وسعه أن يتزوج أربعا سواها إذا كان أكبر رأيه أنه صادق إن كان أكبر رأيه أنه كاذب لا يتزوج
إلا بأربع … امرأة غاب عنها زوجها فأخبرها مسلم ثقة أنه مات أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب بالطلاق ولا تدري أهو كتابه
أولا إلا أن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس أن تعتد وتتزوج ولو أخبرها رجل أن أصل النكاح كان فاسدا تتزوج … إن كان ثقة
وشهد المرأة أن زوجها طلقها ثلاثا وغاب وهي تجحد ثم مات أو عزل القاضي الشهادة عند القاضي لم يسع المرأة أن تقيم معه ولا أن تمكنه
من نفسها ولا أن تتزوج غيره وكذا إذا سمعت الطلاق منه وهو يجحد فحلفه القاضي وردها إليه لم يسعها المقام عنده ولا أن تمكنه
ولا تتزوج غيره ولو شهد عند الأمة عدلان أن مولاها أعتقها وهو يجحد … غيره كذا في المحيط مختصرا قال رحمه الله

(ومن دعي إلى وليمة وثمة لعب وغناء قعد وأكل) يعني إذا أجاب لأجل الدعوة فحضر ثم علم بعد حضوره قعد وأكل ولا يترك
ولا يخرج … يعني أن قوله وثمة إلى آخره جملة حالية عن نائب فاعل دعي فيفيد وجود ذلك حال الدعوة فلو قال فحضر لكان أولى
فتأمل وقيد بذلك بأن إجابة الدعوة سنة لقوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها
من البدعة كصلاة الجنازة لا تترك لأجل النائحة فإن قدر على المنع منع قال في العناية … في النهاية فقيل عليه إنه قياس السنة على
الفرض وهو غير مستقيم فإنه لا يلزم من تحمل المحذور لأجل الفرض تحمله لأجل السنة أجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود
الوعيد على تركها وقوله فقد عصى أبا القاسم الحديث فأورد على أن هذا إنما يتم إن أرادوا أنه وظيفة في قوة الواجب مثل الواجب في الأحكام
فهو مشكل لوجوب الفرق بينهما في الأحكام بأن تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل حرمان
الشفاعة وإن أرادوا أنها في قوة الواجب مجرد بيان … كذا السنة ولا تعدى بها وأجيب بأن إجابة الدعوة وإن كانت سنة عندنا
ابتداء إلا أنها تنقلب إلى الواجب بناء بعد الحضور حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه وصار نظير الصلاة النافلة تنقلب إلى الواجب بل إلى
الفرض بالتزامه بالشروع أشار إليه صاحب الهداية فيكون قوله كصلاة الجنازة قياس واجب على واجب … التفصيل
ثم إن المدعو على ثلاثة أوجه الأول إذا دعي إلى وليمة أو طعام ولم يكن ثمة شيء من البدع أصلا والثاني إذا دعي إلى ذلك ولم يذكر
حين الدعوة أن ثمة شيئا من البدع أصلا ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث إذا دعي إلى ذلك وذكر أن ثمة شيئا
من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففي الوجهين الأولين كانت الدعوة على وجه السنة ولا تكون الإجابة لازمة للمدعو اهـ
وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يفعله ولقائل أن يقول الحديث المذكور يشمل ما بعد الحضور وما قبله لأنه قد تقرر
في الأصول أن المعرف بالألف واللام إذا لم يكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق فيعم كل دعوة وقد يجاب عنه بأنه وإن كان عاما
من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراف تلك البدع اهـ فإن كان ممن يقتدى به فلم يقدر
على منعهم خرج ولم يقعد لأن في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين وما حكي أن الإمام وقع له ذلك كان قبل أن يصير
قدوة وإن كان ذلك على المائدة فلا يقعد وإن كان هناك لعب وغناء قبل أن يحضر فلا يحضر لأنه لا تلزمه الإجابة إذا كان هناك
منكر لما روي عن علي قال صنعت للنبي صلى الله عليه وسلم طعاما فدعوته فجاء فرأى في البيت تصاوير فرجع وعن ابن عمر
قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن مطعمين عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وأن يأكل وهو منبطح رواه أبو داود
ودلت المسألة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القصب قال عليه الصلاة والسلام ليكونن من أمتي أقوام يستحلون
الخز والحرير والخمر والمعازف أخرجه البخاري وفي لفظ آخر ليشربن أناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها يعزف على رؤوسهم
بالمعازف والقينات يخسف الله بهم الأرض ويجعل منهم القردة والخنازير واختلفوا في التغني المجرد قال بعضهم إنه حرام مطلقا

والاستماع اليه معصية لاطلاق الحديث وهو اختيار شيخ الاسلام ومنهم من قال لا بأس به ليستفيد به فهم المعاني والفصاحة ومنهم من جوز التغني لدفع الوحشة اذا كان وحده ولا يكون على سبيل اللهو واليه ذهب شمس الأئمة السرخسي لانه روى ذلك عن بعض الصحابة ولو كان في الشعر حكم أو قصة لا يكره وكذا لو كان فيه ذكر امرأة غير معينة وكذا لو كانت معينة وهي ميتة ولو كانت حية يكره كذا في الشارح وفي المحيط ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل زوجته وقوسه وفرسه لانه يصد عن الجمع والجماعات وسبب للوقوع في فواحش الكلام وغيره واستماع صوت الملاهي حرام كالضرب بالقصب وغيره قال عليه الصلاة والسلام استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها كفر وهذا اخرج على وجه التشديد لانه يكفر وعن الحسن بن زياد لا بأس بان يكون في العرس دف يضرب به ليشتهر ويعلن النكاح وسئل أبو يوسف أيكره للمرأة أن تضرب في غير فسق للصبي قال لا أكره ولا تركب امرأة مسلمة على السرج لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الفروج على السروج هذا اذا ركبت متلهية أو متزينة لتعرض نفسها على الرجال فان ركبت لحاجة كالجهاد والحج فلا بأس به رجل أظهر الفسق في داره فللامام أن يتقدم عليه فان لم يمتنع فالامام بالخيار ان شاء ضربه أسواطا وان شاء أخرجه من داره لان الكل يصلح للتعزير قال أبو يوسف في دار يسمع منها مزامير ومعازف أدخل عليهم بغير اذنهم لأمنع الناس عن اقامة هذا الفرض ولو رأى منكرا وهو ممن يرتكب هذا المنكر له أن ينهى عنه لان الواجب عليه ترك المنكر والنهي عن المنكر فاذا ترك أحدهما لا يترك الآخر اهـ وفي الذخيرة وغيرها لا بأس بضرب الدف في العرس والوليمة والاعياد وكذا لا بأس بالغناء في العرس والوليمة والاعياد حيث لا فسق وفي الخلاصة وعن عمر انه أحرق بيت الخمار وعن الامام الزاهد الصفار انه أمر بتخريب دار الفسق بسبب الفسق وفي الظهيرية لا بأس بالمزاح بعد أن لا يتكلم بكلام فيه مأثم ويقصد به اضحاك جلسائه وفي الجامع الصغير للعتابي وكل لعب غير الشطرنج فهو حرام وفي الحاوي سئل عمن رأى رجلا يسرق مال انسان قال ان كان لا يخاف الظلم منه يخبر به وان كان يخاف ترك وفي الظهيرية الامر بالمعروف باليد على الأمراء وباللسان على العلماء وبالقلب على عوام الناس وهو اختيار الزندويسي وفي الخانية رجل دعاه الامير وسأله عن أشياء ان تكلم بما يوافق الحق لا يرضيه فانه لا ينبغي له أن يتكلم بما يخالف الحق وهذا اذا كان لا يخاف القتل على نفسه ولا تلف عضوه ولا يخاف على ماله واذا خاف ذلك منه فانه لا بأس به اهـ والله أعلم

﴿فصل في اللبس﴾ لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه فقدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب أشد من احتياجه الى النظر لتحقق الاول في جميع الاوقات دون الثاني اهـ قال رحمه الله ﴿حرم للرجل لا للمرأة لبس الحرير الا قدر أربع أصابع﴾ يعني يحرم على الرجل لا على المرأة لبس الحرير واللام تأتي بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أي فعليها وانما حرم لبس الحرير على الرجال دون النساء لما روى أبو موسى الاشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أحل الذهب والحرير للاناث من أمتي وحرم على ذكورها رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه ولما روي عنه عليه الصلاة والسلام قال من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة الا ان اليسير معفو عنه وهو مقدار أربع أصابع لما روى أحمد ومسلم والبخاري نهى عن لبس الحرير الا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربع الحديث قال رحمه الله ﴿وحل توسده وافتراشه﴾ يعني للرجال والنساء وهذا عند الامام وقال مالك يكره له ذلك كذا في الجامع الصغير وذكر القدوري قول أبي يوسف مع محمد وذكره أبو الليث مع أبي حنيفة لمحمد ما روي عن أبي حذيفة انه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير والديباج وان يجلس عليه رواه البخاري وقال سعد بن أبي وقاص لأن أتكئ على جمر الغضا أحب الي من أن أتكئ على مرافق الحرير وللامام ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام جلس على مرفقة من حرير ولان القليل من الملبوس يباح فكذا القليل هنا ولان النوم والافتراش والتوسد اهانة ولان المحرم اللبس والافتراش والنوم عليه والجلوس وجعله ستارة وتعليقه وجعله بيتا ليس لبسا عرفا ولا يحرم ولا يكره تكة الحرير وتكة الديباج ولو جعل الحرير بيتا أو علقه قال الامام لا يكره وقال محمد يكره كذا في المحيط قال الشراح يعني الرجل والمرأة جميعا في هذا الحكم يعني في عدم كراهة توسده الى آخره أو كراهته عند محمد اهـ ولك أن تقول تعميم قول أبي يوسف رحمه الله في الكراهة للنساء مشكل فان قوله عليه الصلاة والسلام حلال لاناثهم يعم التوسد والافتراش والجلوس والستارة وجعله بيتا فكيف يترك العمل

بعموم هذا الحديث فليتأمل وقد يجاب بأن الحل للنساء لا لحل الفرش للرجال وترغيب الرجل فيها وفي وطئها وتحسينها في نظره فالعلة المطلبية منظور فيها الى هذه المقلية والدليل على ذلك عزمه على الرجل والحل للنساء والعلة العقلية لم توجد في الوسادة وغيره فلهذا فلا يكره ذلك للنساء فتأمل وفي الصحاح يكره اتخاذ الخلخال في رجل الصغير اهـ قال رحمه الله ﴿ ولبس ما سداه حرير ولحمته قطن أو خز ﴾ يعني حل للرجال لبس هذا لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز وهو اسم للمسدى بالحرير ولأن الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة أو نقول لا يكون ثوبا الا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر الى الظاهر في المنظور هي اللحمة فتكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى والديباج لغة وعرفا ما كان كله حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم قال في النهاية وغيرها وجوه هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند الامام لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا بأس به بالحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره كما سيأتي والخز وبر دابة تخرج من البحر تؤخذ وينسج قال رحمه الله ﴿ وعكسه حل في الحرب فقط ﴾ يعني ولو عكس المذكور وهو أن يكون لحمته حريرا وسداه غيره وهو لا يجوز الا في الحرب لما ذكرنا أن العبرة باللحمة ولا يجوز لبس الحرير الخالص في الحرب عند الامام وعندهما يجوز لما روي أنه عليه الصلاة والسلام رخص في لبس الحرير الخالص في الحرب ورخص في لبس الخز والديباج في الحرب لأن فيه ضرورة لأن الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه وللامام اطلاق النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير من غير تفصيل والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا حاجة الى الخالص وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين الظهارة والبطانة ولا أرى بحشو القز بأسا لأن الحشو غير ملبوس ولا يكون ثوبا قال هذا الجواز في الحرب اذا كان الثوب صفيقا يحصل منه بأس الى ارتهاب العدو في الحرب وأما اذا كان رقيقا لا يحصل منه الارتهاب للعدو فانه يكره بالاجماع ولو جعل ظهارة أو بطانة فهو مكروه لأن كليهما مقصود وتقدم لو جعل حشوا كذا في المحيط وفي التتارخانية وانما يكره اللبس اذا لم يقع الحاجة في لبس فلو كان به جرب أو حكة كثيرا لا يجد غيره لا يكره لبسه وفي السراجية ويكره أن يلبس الذكور قلنسوة الحرير ويكره لبس الثوب المعصفر وفي الملتقى عن الامام يكره للرجال أن يلبسوا الثوب المصبوغ بالعصفر أو الورس أو الزعفران وفي الذخيرة عن محمد النهي عن لبس المعصفر قيل المراد به أن يلبس المعصفر ليحبب نفسه للنساء ووردا ياكم والاحمر فانه زي الشيطان ولا يكره اللبد الاحمر للسرج وفي الذخيرة وسئل عن الزينة والتجمل في الزينة فقال ورد عنه عليه الصلاة والسلام أنه خرج وعليه رداء قيمتها أربعة آلاف درهم فقال اذا أنعم الله على العبد نعمة يحب أن يظهر أثرها عليه قال الامام بالجواز وفي الخلاصة لا بأس بلبس الثياب الجميلة اذا كان لا يتكبر عليه فيه ولا بأس بجمع المال من الحلال اذا كان لا يضيع الفرائض ولا يمنع حقوق الله تعالى وفي التتمة ارخاء الستر في البيوت مكروه وفي الظهيرية يجوز للانسان أن يبسط في بيته ما شاء من الثياب المتخذة من الصوف والقطن والكتان المصبوغة وغير المصبوغة والمنقشة وغير المنقشة وله أن يستر الجدار باللبد وغيره ويجوز أن يبسط ما فيه صورة وفي الفتاوى العتابية ويكره أن تتخذ للجواري ثيابا كالرجل ويتخذ لهن ثيابا كثياب النساء ويكره للرجال السراويل التي تقع على ظهر القدم وفي الملتقط ولا بأس بجلود النمور وسائر السباع وفي الابانة يجوز لبس النعل المسمر بالمسامير الحديد وفي الذخيرة الثوب المتنجس بنجاسة تمنع جواز الصلاة هل يجوز لبسه في غير الصلاة عن أبي يوسف لا يجوز لبسه في غير الصلاة بلا ضرورة قال رحمه الله ﴿ ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة ﴾ لما روينا غير أن الخاتم وما ذكر مستثنى تحقيقا لمعنى النموذج والفضة لا مهما من جنس واحد ؟ وكان النبي صلى الله عليه وسلم خاتم من فضة وكان في يده الى أن توفي ثم في يد أبي بكر الى أن توفي ثم في يد عمر الى أن توفي ثم في يد عثمان الى أن وقع في البئر فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف بين الصحابة والتشويش من ذلك الوقت الى أن استشهد والسنة في حق الرجل أن يجعل فص الخاتم في باطن كفه وفي حق المرأة أن تجعله في ظاهر كفها لأنه تزين في حقها دون الرجل ولا بأس بالتختم بالفضة اذا كان له حاجة اليه كالقاضي والسلطان ولغير ذلك مكروه لما روي أنه عليه الصلاة والسلام رأى في يد رجل خاتما أصفر فقال مالي أجد منك رائحة الاصنام ورأى في يد آخر خاتم حديد فقال مالي أرى عليك حلية أهل النار وروي عن ابن عمر أن رجلا جلس الى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم ذهب فأعرض عنه والتختم بالذهب حرام ومن الناس من أطلق التختم بحجر يقال له يشب لأنه

ليس بحجر اذ ليس له ثمن الحجر والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا يعتبر بالفص لانه يجوز من الحجر والاولى أن لا يتختم اذا كان لا يحتاج اليه ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص يعني في ثقبه لانه تابع كالعلم فلا يعد لابسا له ولا يزيده على مثقال لقوله عليه الصلاة والسلام اتخذه من ورق ولا تزده على مثقال وورد النص بجواز التختم بالعقيق وقال عليه الصلاة والسلام تختموا بالعقيق فانه مبارك الحديث وفي الحاوي ولا بأس أن يتخذ الرجل خاتم فضة فان جعل فصه من عقيق أو ياقوت أو فيروزج أو زمرد ولا بأس به وان نقش عليه اسمه أو اسم أبيه أو اسما من أسماء الله فلا بأس به ولا ينبغي أن ينقش عليه تماثيل من طير أو هوام الارض ولا بأس بان يسد من كمه وفي خنصره خاتم ذهب ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في الفضة وفي الينابيع كان صلى الله عليه وسلم يتختم باليمين وأبو بكر وعمر بالشمال وفي الفتاوى وينبغي أن يلبس الخاتم في خنصره اليسرى دون سائر أصابعه ولا ينبغي أن يختم به الصغير أو رجل قال رحمه الله ﴿والافضل لغير السلطان والقاضي ترك التختم وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب وحل مسمار الذهب يجعل في حجر الفص﴾ وقد تقدم بيانه قال رحمه الله ﴿وشد السن بالفضة﴾ يعني يحل شد السن المتحرك بالفضة ولا يحل بالذهب وقال محمد يحل بالذهب أيضا وقدمنا بيان ذلك قال رحمه الله ﴿وكره الباس ذهب وحرير صبيا﴾ لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبي قال رحمه الله ﴿لا الخرقة لوضوء أو مخاط والرتم﴾ يعني لا تكره الخرقة لوضوء ولا الرتم وفي الجامع الصغير يكره حمل الخرقة التي يمسح بها العرق لانها بدعة ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك ولا أحد من الصحابة ولا من التابعين وانما كانوا يتمسحون في أرديتهم وفيها نوع تجبر والصحيح انه لا يكره الرتم لان عامة المسلمين قد استعملوا في عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لمسح العرق والمخاط ولحمل شيء يحتاج اليه وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن حتى لو حملها للفخر والتكبر يكره والرتم هو الرتمة وهي الخيط للتذكر يعقد في الاصابع وكذا الرتيمة وقيل الرتم ضرب من الشجر وقال معناه كان الرجل اذا خرج الى سفر عمد الى هذه الشجرة وعقد بعض أغصانها ببعض فاذا رجع وأصابه تلك الحالة قال لم تخن امرأتي وان أصابه قد انحل قال خانتني ثم الرتمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس وهو خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم وذكر في حدود الايمان انه كفر والرتيمة مباح لانها تربط للتذكر عند النسيان وقد ورد انه عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بها وتعلق بها غرض صحيح ولا يكره بخلاف التميمة فانه عليه الصلاة والسلام قال فيها ان الرقى والتمائم والتولة شركة على ما يجيء ان شاء الله تعالى

﴿فصل في النظر والمس﴾ ولما أنهى الكلام على مسائل اللبس وقدمه لشدة الاحتياج اليه ذكر بعده مسائل النظر لانها أكثر وقوعا من مسائل الاستبراء فلذا قدمها ومسائل النظر أقسام أربعة نظر الرجل الى المرأة ونظر المرأة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والقسم الاول منها على أربعة أقسام نظر الرجل الى الاجنبية ونظره الى زوجته وأمته ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى أمة الغير والدليل على جواز النظر ما روي ان أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء ان المرأة اذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا وأشار الى وجهه وكفيه قال رحمه الله ﴿لا ينظر الى غير وجه الحرة وكفيها﴾ قال الشارح وهذا الكلام فيه خلل لانه يؤدي الى انه لا ينظر الى شيء من الاشياء الا الى وجه الحرة وكفيها فيكون تحريضا الى النظر الى هذين العضوين والى ترك النظر الى كل شيء سواهما اه ولا يخفى على متأمل عدم هذا الخلل لان حرف الى بدل عن من الابتدائية التي الى غايتها فهو في قوة المنطوق فالتقدير لا يجوز له النظر من المرأة الى غير الوجه وكفيها فقد أفاد منع النظر منها غير الوجه وكفيها لا التحريض فتدبره واستدل الشارح على جواز النظر الى ما ذكر بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس ما ظهر منها الكحل والخاتم لا الوجه كله والكف ولا يفيد المدعى فتأمل والاصل في هذا أن المرأة عورة مستورة لقوله عليه الصلاة والسلام المرأة عورة مستورة الا ما استثناه الشرع وهما عضوان ولان المرأة لا بد لها من الخروج لمعاملة مع الاجانب ولا بد لها من ابداء الوجه لتعرف فتطالب بالثمن وترد عليها بالعيب ولا بد من ابداء الكف للاخذ والعطاء وهذا يفيد أن القدم لا يجوز النظر اليه وعن الامام انه يجوز ولا ضرورة في ابداء القدم فهو عورة في حق النظر وليس بعورة في حق الصلاة كذا في المحيط وعن الثاني يجوز النظر الى ذراعيها أيضا لانه يبدو منها عادة وما عدا هذه الاعضاء لا يجوز النظر اليه لقوله عليه الصلاة والسلام من نظر الى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة

صب في سمعه الآنك يوم القيامة والحديث وهو الرصاص المذاب وقالوا ولا بأس بالتأمل في جسدها وعليها ثياب ما لم تكن ثياب تبين حجمها فلا ينظر إليه حينئذ لقوله عليه الصلاة والسلام من تأمل خلف امرأة من ورائها حتى تبين له حجم عظامها لم يرح رائحة الجنة وإذا كان الثوب لا يصف عظامها فالنظر إلى الثوب دون عظامها فصار كما لو نظر إلى خيمة فيها فلا بأس به فعلى هذا النظر لأنه يكره له أن يمس الوجه والكف من الأجنبية كذا في قاضيخان ويشمل كلامه الحر المسلم البالغ والرقيق البالغ والصبي المراهق والكافر كذا في النهاية وغيرها ولا بأس بالنظر إلى شعر الكافرة اهـ قال رحمه الله ﴿ولا ينظر من اشتهى إلى وجهها إلا الحاكم والشاهد وينظر الطبيب إلى موضع مرضها﴾ والأصل أنه لا يجوز أن ينظر إلى وجه الأجنبية بشهوة لما روينا إلا للضرورة إذا تيقن بالشهوة أو شك فيها وفي نظر من ذكرنا ضرورة فيجوز وكذا نظر الخافض والخافضة يجوز وكذا إذا نظر الختان إذا أراد أن يداوي مع الختان وكذا يجوز النظر لإزالة الفاحش لأنه أمارة المرض ويجب على القاضي والشاهد أن يقصدا أداء الشهادة والحكم لا قضاء الشهوة تحرزا عن القبيح بقدر الإمكان هذا وقت الأداء وأما وقت التحمل فلا يجوز أن ينظر إليها مع الشهوة لأنه يوجد غيره ممن لا يشتهي فلا حاجة إليه قال في النهاية واختلف المشايخ فيما إذا دعي إلى التحمل وهو يعلم أنه إذا نظر إليها اشتهى فمنهم من جوز ذلك بشرط أن يقصد تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة والأصح أنه لا يجوز له ذلك قال بعض شراح الهداية وقد يورد هنا إباحة النظر إلى العورة الغليظة عند الزنا لإقامة الشهادة عليه ولا يقال الشاهد مخير فيها بين حسبتين إقامة الحد والتحرز عن التهتك وهو أفضل فإذا كان أفضل فكيف جاز النظر لإقامة الشهادة لأنا نقول الضرورة والحاجة متحققة في النظر إلى العورة الغليظة عند التحمل بالنسبة لإرادة إقامة الحد وإن لم تكن الضرورة والحاجة متحققة بالنظر إلى الستر فالإباحة بالنظر إلى الأول فإن قيل لما جاز للشاهد بالزنا النظر عند التحمل ولو اشتهى ولم يجز لغيره وقت التحمل قلنا إنما جاز له لأن مقصوده إقامة الشهادة فلهذه الضرورة جاز فلولا أنه يوجد غيره ممن لا يشتهي فإن قيل يمكن هنا أن يوجد غيره ممن لا يشتهي قلنا لو طلب غيره ممن لا يشتهي لفرغ من فعل الزنا فلهذا أجازها ولو اشتهى وقدره والطبيب إنما يجوز له ذلك إذا لم يوجد امرأة طبيبة فلو وجدت فلا يجوز له أن ينظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف وينبغي للطبيب أن يعلم امرأة إن أمكن وإن لم يمكن ستر كل عضو منها سوى موضع الوجع ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع إن استطاع لأن ما ثبت للضرورة يتقدر بقدرها وإذا أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس أن ينظر إليها وإن خاف أن يشتهي لقوله عليه الصلاة والسلام انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما ولا يجوز له أن يمس وجهها ولا كفيها وإن أمن الشهوة لوجود الحرمة ولانعدام الضرورة وقال عليه الصلاة والسلام من مس كف امرأة ليس له منها سبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة قال في النهاية أصاب امرأة قرحة في موضع لا يحل للرجل النظر إليه فإن لم توجد امرأة تداويها ولم يقدر أن يعلم امرأة تداويها يستر منها كل شيء إلا موضع القرحة ويغض بصره ما أمكن ويداويها وفي المحيط أيضا ويجوز للمرأة إذا كانت تولد أخرى أن تنظر إلى فرجها وإن غمز فرجها اهـ وقيده بجواز النظر دون المس عند إرادة الزواج إذا كانت تشتهى وأما إذا كانت لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه كان يصافح العجائز فإذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها يحل له المصافحة وإن كان لا يأمن عليها ولا على نفسه لا يحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة فحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية وفي أخرى يكفي أن يكون أحدهما مأمونا كبيرا لأن أحدهما إذا كان لا يشتهي لا يكون المس سببا للوقوع في الفتنة كالصغير ووجه الأولى أن الشاب إذا كان لا يشتهي غير العجوز فالعجوز تشتهي الشاب لأنها علمت بلذة الجماع فيؤدي إلى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ما إذا كان أحدهما صغيرا لأنه لا يؤدي إلى الاشتهاء من الجانبين لأن الكبير لا يشتهي غير الصغير ولهذا إذا مات صغيرا وصغيرة يغسله المرأة والرجل ما لم يبلغ حد الشهوة وكذا يجوز النظر إلى الصغير والصغيرة والمس إذا كان لا يشتهى قال رحمه الله ﴿وينظر الرجل إلى الرجل إلا العورة﴾ وهي ما بين السرة والركبة والسرة ليست من العورة والركبة منها وأعاد المؤلف هنا ما تقدم في كتاب الوضوء وقد بينا الدليل هناك وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة حتى ينكر عليه في كشف الركبة برفق وفي الفخذ بعنف وفي السوأة بضرب وفي التتمة والإبانة كان أبو حنيفة لا يرى بأسا بنظر الحمامي إلى عورة الرجل وفي الكافي وغلظ الساق ليس بعورة وفي الذخيرة وما جاز النظر إليه جاز مسه قال محمد بن مقاتل لا بأس أن يتولى صاحب الحمام عورة إنسان بيده

عند التنور اذا كان يغض بصره قال الفقيه وهذا في حال الضرورة لا في غيرها وينبغي لكل انسان أن يتولى عورته بنفسه عند التنور وفي التتمة البيت الصغير في الحمام يدخله الرجل يحلق عانته هل يحل له أن يكون فيه عريانا حتى يتضرر بازاره فقال في المدة اليسيرة يجوز وقال أبو الفضل لا بأس به وقال غيره يأثم به وقالوا كشف العورة في بيت بغير حاجة قالوا يكره اهـ قال رحمه الله تعالى ﴿والمرأة للمرأة والرجل للرجل﴾ وهذا هو القسم الرابع من التقسيمات ومعناه المرأة للمرأة والرجل للرجل يعني نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل حتى يجوز للمرأة أن تنظر منها الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل اذا أمنت الشهوة والفتن لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه الرجال والنساء فكان لها أن تنظر منه ما ليس بعورة وان كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى ما يجوز له منها كالوجه والكف لا ينظر اليه حتما مع الخوف لانه يحرم عليه والفرق ان الشهوة عليهن أغلب وهي كالمتحقق حكما فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين واذا اشتهت لم توجد الا منها فكانت من جانب واحد والموجود من الجانبين أقوى في الافضاء الى الوقوع وانما جاز ما ذكر بالمجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن وعن الامام أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه فلا يجوز لها أن تنظر الى الظهر والبطن في هذه الرواية بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجل يحتاج الى زيادة الانكشاف وفي الرواية الاولى يجوز وهو الاصح وما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جاز مسه لانه ليس بعورة ولا يخاف منه الفتنة قال في النهاية وهذا دليل على أنهن لا يمنعن دخول الحمام لان العرف ظاهر به في جميع البلدان وبناء الحمامات للنساء وحاجة النساء الى الحمام فوق حاجة الرجال لان المقصود من دخوله الزينة والمرأة الى هذا أحوج من الرجال ويمكن للرجل دخول الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك غالبا اهـ وحكي ان الامام دخل الحمام فرأى رجلا مكشوف العورة يقال له نظر ما كان رجلا متسكا فغض أبو حنيفة بصره فقال له العاصي مذ كم أعمى الله بصرك قال مذ هتك الله سترك اهـ وفي الكافي وعظم الساق ليس بعورة اهـ قال رحمه الله ﴿وينظر الرجل الى فرج أمته وزوجته﴾ يعني عن شهوة وغير شهوة قال عليه الصلاة والسلام غض بصرك الا عن زوجتك وأمتك وما روي عن عائشة قالت كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم في اناء واحد ولانه يجوز له المس والغشيان فالنظر أولى الا ان الاولى أن لا ينظر كل منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أتى أحدكم زوجته فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد البعير لان النظر الى العورة يورث النسيان وكان ابن عمر يقول الاولى النظر الى عورة زوجته عند الجماع ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة وعن أبي يوسف سألت الامام عن الرجل يمس فرج أمته أو هي تمس فرجه ليتحرك آلته أليس بذلك بأس قال أرجو أن يعظم الاجر والمراد بالامة التي يحل وطؤها وأما اذا كانت لا تحل كأمته المجوسية أو المشركة أو أخته رضاعا أو أم امرأته أو بنتها فلا يحل له النظر الى فرجها وفي الينابيع ولا يحل له أن يأتي زوجته في الدبر الا عند أصحاب الظاهر وهو خلاف الاجماع قال رحمه الله ﴿ووجه محرمه ورأسها وصدرها وساقها وعضدها لا الى ظهرها وبطنها وفخذها﴾ يعني يجوز النظر الى وجه محرمه الى آخره ولا يجوز الى ظهرها الى آخر ما ذكر والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن الآية ولم يرد به نفس الزينة لان النظر الى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة فالرأس موضع التاج والشعور والوجه موضع الكحل والعنق والصدر موضع القلادة والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بمواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان ولا احتشام والمرأة تكون في بيتها في ثياب بذلة ولا تكون مستورة عادة فلو أمرت بالستر من محارمها لحرجت حرجا عظيما والشهوة فيهن معدومة من المحارم بخلاف الاجنبي والمحرم من لا يحل نكاحها على التأبيد بنسب ولا بسبب كالرضاع والمصاهرة وان كان بالزنا وقيل ان كانت حرمة المصاهرة ثابتة بالزنا لا يجوز له النظر الى ما ذكر كالاجنبي لان الحرمة في حقه بطريق العقوبة لا بطريق النعمة ولا يظهر فيما ذكرنا والاول أصح اعتبارا للحقيقة ولك أن تقول الانسب أن لا يذكر الفخذ هنا لانه علم عدم جواز نظر المحرم الى هذا من عدم جواز نظر الرجل الى الرجل فيه بطريق الاولى لان نظر الجنس الى خلاف الجنس فيما أغلظ فان قلت المقصود من ذكر الفخذ بيان الواقع والتصريح بما علم مما تقدم التزاما قلت ان كان هذا هو المراد فلا بد أن يذكر الركبة بدل الفخذ لان حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف

منه في السوأة فذكر البعض لا يعلم حكم الركبة لكونها أخف وإذا ذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوأة بالأولى لأنهما أقوى منها
في حرمة النظر واستدل الشارح وصاحب النهاية والمجتبى على الحل والحرمة للآية الآية التقدير واعترض بأن الآية إنما تدل على الحل
لا الحرمة والأولى كما في البدائع الاستدلال بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الآية إلا أنه رخص للمحارم النظر إلى موضع الزينة
الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية واعترض بعض المتأخرين على الدليل العقلي وهو قولنا يدخل من غير استئذان
بما ذكر في البدائع أن المحارم لا تدخل عليهن من غير استئذان ربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره له ذلك وهذا
غفلة منه لأن المراد أن لا يجب عليه الاستئذان لا الندب قال في البدائع لا يحل للرجل أن يدخل بيت غيره من غير استئذان وإن
كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان إلا أن الأمر في الاستئذان على المحارم أيسر وأسهل فتلخص من عبارته أن الدخول
في بيت الأجنبي من غير استئذان حرام وفي بيت محارمه من غير استئذان مكروه والله الموفق ثم قال تاج الشريعة فإن قلت إذا جاز
الدخول من غير استئذان فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق من بيت أمه من الرضاع لجواز ما ذكر لنقصان الحرز في حقه قلت
لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول عليها من غير استئذان فممنوع ذكره في جواهر زاده أن المحارم من حيث الرضاع لا يكون لهم
الدخول عليهم من غير استئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض اهـ كلامه ولك أن تقول ليس هذا الجواب تاما أما كونه
لا يقطع عند البعض فهو قول أبي يوسف وعلى قولهما يقطع وهو المختار لظاهر الرواية وقد تقدم السارق في باب السرقة لأن الحرز
في حقهم كامل اهـ قال رحمه الله ﴿ومس ما حل له النظر إليه﴾ يعني يجوز أن يمس ما حل له النظر إليه من محارمه ومن الرجل
لأمن الأجنبية لتحقق الحاجة إلى ذلك من المسافرة والمخالطة وكان عليه الصلاة والسلام يقبل رأس فاطمة ويقول أجد منها ريح
الجنة وقال من قبل رأس أمه فكأنما قبل عتبة الجنة ولا بأس بالخلوة معها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يخلون رجل بامرأة
ليس منها بسبيل ٧ فإن ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم تكن محرما لأن المحرم بسبيل منها إلا إذا خاف على نفسه أو عليها الشهوة فحينئذ
لا يمسها ولا ينظر إليها ولا يخلو بها لقوله عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان
تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك أو يكذبه فكان في كل واحد منها زنا والزنا محرم بجميع أنواعه وحرمة الزنا بالمحارم أشد
وأغلظ فيجتنب الكل ولا بأس بالمسافرة بهن لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام إلا بزوج أو محرم وإن
احتاجت إلى الإركاب والإنزال فلا بأس أن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها من وراء إذا أمنا الشهوة وإن خاف عليها
أو على نفسه أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده فإن أمكنها الركوب بنفسها تمتنع من ذلك أصلا وإن لم يمكنها تتلفف بالثياب كي
لا تصل حرارة عضوها إلى عضوه وإن لم تجد الثياب فليدفع عن نفسه بقدر الإمكان ولا بأس بأن يدخل على الزوجين محارمهما
وهما في الفراش من غير وطء باستئذان وكذا الخادم حين يخلو الرجل بأهله وكذا الأمة ويكره أن يأخذها بيده ويدخلها ويعلم
الناس أنه يريدها اهـ ﴿فروع﴾ قال في الجامع الصغير ويكره تقبيل غيره ومعانقته ولا بأس بالمصافحة لما روي أنه عليه الصلاة
والسلام سئل أيقبل بعضنا بعضا قال لا قالوا أو يعانق بعضنا بعضا قال لا قالوا أيصافح بعضنا بعضا قال نعم قال مشايخنا إن كان يأمن
على نفسه من الشهوة وقصد البر والإكرام وتعظيم المسلم فلا بأس به والحديث محمول على هذا التفصيل المصافحة سنة قديمة متوارثة
وفي النوادر وتقبيل يد العالم والسلطان العادل لا بأس به لما روي عن سفيان أنه قال تقبيل يد العالم والسلطان العادل سنة وفي جامع
الجوامع ولا بأس أن تمس الأمة الرجل وتغمزه وتدهنه ما لم يشته إلا ما بين السرة والركبة وفي التتارخانية ولم يذكر محمد في شيء من
الكتب الخلوة والمسافرة بإماء الغير وقد اختلفوا فيه فمنهم من قال لا يحل وإليه مال الحاكم الشهيد ومنهم من قال يحل وبه قال الإمام
شمس الأئمة السرخسي والذين قالوا بالحل اختلفوا فيما بينهم بعضهم قال ليس له أن يعالجها في النزول والركوب وبعضهم قال له ذلك
إن أمن على نفسه الشهوة عليها وفي الغياثية والغلام الذي بلغ الشهوة كالبالغ والكافر كالمسلم هذا الذي ذكرناه إذا كانت شابة
فإن كانت عجوزا قال في التتارخانية فإن كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها وإن تغمز رجله وكذا إذا كان شيخا
يأمن على نفسه وعليها وفي الغياثية ولا بأس أن يعانقها من وراء الثياب إلا أن تكون ثيابها رقيقة تصل حرارة بدنها إليه وفيما إذا
كان الماس هو المرأة قال إن كانت ممن لا يجامع مثلها ولا يجامع مثله فلا بأس بالمصافحة فليتأمل عند الفتوى فإن كانت صغيرة لا تشتهى
أو لا يشتهى مثلها فلا بأس بالنظر إليها ومسها قال رحمه الله ﴿وأمة غيره كمحرمه﴾ لأنها تحتاج إلى الخروج لحوائج مولاها

في ثياب بذلة وحالهامع جمع الرجال كحال المرأة مع محارمها وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى أمة متقنعة علاها بالدرة وقال أتتشبهين بالحرائر يادفار واعترض كيف غررها على الستر الذي هو جائز والتعرير انما يكون على ارتكاب المحظورات والمحرمات وأجيب بانه انما فعل ذلك لان الفساق اذا تعرضوا للحرائر كان ذلك أشد فسادا والتعرض للاماء دون ذلك في الفساد ففعل ذلك لئلا يجب الاول فيكون فيه تقليل الفساد قال في المحيط ويحل للامة النظر الى الرجل الاجنبي الى كل شيء منه ومسه وغمزه ما خلا ما بين السرة الى الركبة اهـ ولا يجوز ان ينظر الى بطنها وظهرها كالمحارم خلافا لمحمد بن مقاتل فانه يقول بالجواز قال رحمه الله ﴿وله مس ذلك اذا أراد الشراء وان اشتهى﴾ يعني جاز له ان يمس كل موضع يجوز له ان ينظر اليه كالصدر والساق والذراع والرأس ويقلب شعرها اذا أراد الشراء وان خاف ٧ على الشراء فيباح له النظر والمس للضرورة وهو ارادة الشراء وفي الشارح أمة الرجل تكبس رجل زوجها وتغلو بها ولا يمنع من ذلك أحد رأم الولد والمدبرة والمكاتبة كالامة لقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند الامام قال رحمه الله ﴿ولا تعرض الامة اذا بلغت في ازار واحد﴾ يعني اذا أراد ان يعرض أمته للبيع ولا يعرضها في ازار واحد اذا كانت بالغة والمراد بالازار ما يستر ما بين السرة الى الركبة لان ظهرها وبطنها عورة ولا يجوز كشفها والتي بلغت حد الشهوة فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد روى ذلك عن محمد لوجود الاشتهاء قال رحمه الله ﴿والخصي والمجبوب والمخنث كالفحل﴾ لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وهم ذكور فيدخلون تحت الخطاب العام وقالت عائشة الخصي مثلة ولا يبيح ما كان حراما قبله ولان الخصي ذكر يشتهي ويجامع وهو أشد جماعا لان آلته لا تفتر فصار كالفحل والمجبوب ذكر يشتهي ويسحق وينزل قال بعض المتأخرين يسحق بفتح الباء ويسحق بضمها قال العيني أي ينزل الماء وحكمه كاحكام الرجال في كل شيء وقطع تلك الآلة كقطع عضو منه فلا يبيح شيأ كان حراما وان كان المجبوب قد جف ماؤه فقد رخص له بعض أصحابنا الاختلاط مع النساء لوقوع الامن من الفتنة قال الله تعالى والتابعين غير أولي الاربة من الرجال فقيل هو المجبوب الذي قد جف ماؤه والاصح أنه لا يحل له لعموم النصوص وكذا المخنث وهو الذي يأتي الرديء من الافعال لا يحل له الا نفاق لانه كغيره من الفساق فيبعد عن النساء وان كان مخنثا باقواله وأفعاله متكسرا في أعضائه وليانا في لسانه وهو لا يشتهي النساء فقد رخص له بعض مشايخنا الاختلاط بالنساء وفي الامانة الاصح انه لا يحل له وقالوا الابله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء وانما همه بطنه يرخص له الخلوة بالنساء والاصح له المنع ولا بأس بدخول الخصي على النساء ما لم يبلغ حد الحلم وهو خمسة عشرة سنة قال رحمه الله ﴿وعبدها كالاجنبي من الرجال﴾ حتى لا يجوز لها أن تبدي زينتها له الا ما يجوز ان تبديه للاجنبي ولا يحل له ان ينظر من سيدته الا ما يجوز له ان ينظر اليه من الاجنبية قال الامام مالك والشافعي نظره اليها كنظر الرجل الى محارمه لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والآية واردة في الاماء قال سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب والحسن لا يغرنكم سورة النور فانها واردة في الاناث لا في الذكور ولهذا لا يجوز لها ان تسافر معه لانه أجنبي عنها وفي المحيط والعبد في النظر الى سيدته التي لا قرابة بينه وبينها بمنزلة الرجل الاجنبي سواء كان العبد خصيا أو مجبوبا أو فحلا وفي قاضيخان والعبدان يدخل على سيدته بغير اذنها بالاجماع قال رحمه الله ﴿ويعزل عن أمته بلا اذنها وعن زوجته باذنها﴾ يعني لو وطئ أمته فله اذا أراد الانزال ان ينزل خارج فرجها بغير اذنها اما الزوجة فليس له ذلك الا باذنها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها ولان الحرة لها حق في الوطء حتى كان لها المطالبة به قضاء لشهوتها وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء والعزل لما ذكرنا ولو كانت تحته أمة غيره فقد ذكرنا حكمه في النكاح لا يقال هذه مكررة مع قوله في النكاح والاذن في العزل لسيد الامة لانا نقول ذاك في الامة المتزوجة وهذا في الامة الموطوءة بملك اليمين لا يقال حق المرأة في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال وهو الانزال ألا ترى ان من الرجال من يجامع ولا ماء له ينزله في فرجها ولا يكون لها حق الخصومة معه فيا ذكر لعدم الصنع من الرجل اما هنا اذا كان له ماء وله الصنع في العزل فلها ان تطالبه بذلك والله تعالى أعلم

﴿فصل في الاستبراء وغيره﴾ قال الشارح أخر الاستبراء لانه احتراز عن ملك مقيد والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت وهم ذلك بطريق الدلالة أو الاشارة فانه يضمن اللمس فالنهي عن المسمى نهي عنه فلذا عنوانه الوطء فتأمل اهـ أقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلانهم ما قالوا لان الاحتراز من الوطء المطلق فيما سبق بل مرادهم

ان الوطء المقيد بنفسه بعد الوطء المطلق بنفسه فاحترز عما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وانتفاء المقيد لا
يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فانه يتصور ان يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق واما تحقق المقيد فيستلزم
تحقق المطلق في ضمنه فيصح ان يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على ان المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية
وأما الثاني فلان بناءه على ان يكون المراد ان الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وأيضا لا معنى لقوله فلهذا
عنوانه الوطء لان النهي عن المس اذا كان نهيا عن الوطء وكان العنوان بالمس عنوانا بالوطء أيضا فكان ينبغي ان لا يعنون الفصل
السابق بالوطء استقلالا كما لم يذكر فيه النهي عن الوطء استقلالا ثم أقول الظاهر ان مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم في مسئلة
العزل المذكورة قبل فصل الاستبراء فان العزل ان يطأ الرجل فاذا قرب الانزال فينزل خارج الفرج وأن مرادهم بالوطء المقيد
ههنا ما قيد بزمان الوطء فان الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفي العزل مطلق عنه فان المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل
السابق أيضا ما في ضمن تلك المسئلة كما نبهت عليه في صدر ذلك الفصل *(فروع)* تتعلق بالنساء رجل له امرأة لا تصلي يطلقها
حتى لا يصحب امرأة لا تصلي فان لم يكن له ما يعطي مهرها فالاولى ان لا يطلقها قال الامام أبو جعفر الكبير صاحب محمد بن الحسن
لأن ألقى الله ومهرها في عنقي أحب الي من ان اطأ امرأة لا تصلي غمز الاعضاء في الحمام من غير ضرورة مكروه وفي الذخيرة وفي
مجموع النوازل انه يباح ذلك فيما فوق السرة ودون الركبة ويباح فيما بينهما وبعض مشايخنا قالوا لا بأس بذلك بشرطين أحدهما
ان لا يغسل الخادم لحيته لان فيه اهانة صاحب اللحية ولا يغمز رجله لان فيه اهانة بالخادم قال الفقيه أبو جعفر سمعت الشيخ
الامام أبا بكر يقول لا بأس بان يغمز الرجل الى الساق ويكره أن يغمز الفخذ ويمسه من وراء الثوب وكان الامام أبو بكر يقول
لا بأس بان يغمز الرجل رجل والديه ولا يغمز فخذ والديه وفي السراجية ولا بأس أن يغمز الاجنبية الرجل فوق الثياب اذا لم يكن فيه
خوف الفتنة وفي التتمة وسئل الخجندي عمن له أم هل يجوز له أن يغمز بطنها وظهرها من وراء الثياب قال ان أمسكه يعتقد حرمته
كالخمر يمسكه المسلم للمسلم لا يكره وان أمسك يعتقد الاباحة كالو أمسك للكافر يكره سئل أنس بن أنس عن قوم أرادوا الخروج
على سلطانهم لجوره هل يحل لهم ذلك فاجاب وقال ان كانوا اثني عشر ألفا وكلمتهم واحدة يسعهم ذلك وان كانوا أقل من ذلك لا يسعهم
ذلك وسئل الفقيه أبو بكر عن قراءة القرآن أهو أفضل للفقيه أم دراسة الفقه قال حكي عن الفقيه أبي مطيع انه قال النظر في
كتب أصحابنا من غير سماع أفضل من قيام ليلة وفي النوازل عن أبي عاصم انه قال طلب الاحاديث حرفة المفاليس يعني به اذا طلب
الحديث ولم يطلب فقها وفي الصغرى اجتمع قوم يوما من الاتراك والامراء وغيرهم في موضع الفساد فنهاهم شيخ الاسلام عن
المنكر فلم ينزجروا فاستدعى المحتسب وقوما من باب السيد الامام الاجل ليعرفوهم ولم يتقوا خمورهم فدفعوا مع جماعة من الفقهاء
فظفروا ببعض الخمور فاراقوها وجعلوا الملح في بعض الدنان للتخليل فاخبر الشيخ بذلك فقال لا تدعوا واكسروا الدنان كلها
وان بقوا ما بقي وان جعلوا الملح فيها قال وقد ذكر في عيون المسائل من أراق خمور المسلمين وكسر دنانهم وشق زقاقهم اذا ظهر فيما
بين المسلمين بطريق الامر بالمعروف فلا ضمان عليه وسئل عن قوم من اليهود اشتروا دارا او بستانا من دور المسلمين في مصر
واتخذوها مقبرة هل يمنعون من ذلك فقال لا لانهم ملكوها فيفعلون ما شاؤا كالمسلمين وقد صحت الرواية في المبسوط ان صاحب
الدار لو رفع بناء فمنع جاره الشمس أو الريح أو نقب جداره أو فتح أبوابا لم يمنع من ذلك وان لحق جاره نوع ضرر لانه لم يتصرف الا
في ملك نفسه وسئل عن دارين لرجلين سطح أحدهما أعلى من الآخر ومسيل ماء العليا على الاخرى فاراد صاحب سطح السفلى
أن يرفع سطحه أو يبني على سطحه علوا هل يحل له ذلك قال نعم وفي التتمة سألت أبا حامد عن رجل له ضيعة أرضها مرتفعة هل يجوز
له أن يسد النهر يوما أو بعض يوم بغير رضا الاسافل حتى يسقيها قال نعم وسئل عن الرجل يبني على حائط نفسه بناء أريد مما كان
هل لجاره أن يمنعه قال لا وان بلغ عنان السماء وسئل أبو الفضل عمن يأخذ خراج القرية عن حفر النهر العظيم فيحفرونه [illegible]
من غير أن يصرف شيأ من الخراج الى الحفر وهناك من الاقوياء من لا يحفر ولا يبعث أحدا هل له أن يسقي منها أم لا قال يمنع من
الماء والاستبراء لغة طلب البراءة مطلقا سواء كان في الفروج أو في غيرها وفي الشرع طلب براءة رحم المرأة المملوكة وصفته انه واجب
وسببه تجدد ملك الامة ودليله قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى
يستبرأن بحيضة وهو يفيد وجوب الاستبراء وأما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة اهـ قال رحمه الله *(من

ملك

ملك أمة حرم عليه وطؤها ولمسها والنظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها ﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحبالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب احداث الملك واليد لانه هو الموجود فى هذه الصورة وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن اختلاط الانساب والاشتباه والولد عن الهلاك لان من لا نسب له هالك لعدم من يربيه ومن ينفق عليه قال صاحب الايضاح والاصلاح يرد عليه انهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم امكان الاختلاط بينهما فكيف يكون حكمة الاستبراء وأجيب بان المنفى الاختلاط حقيقة والذى بنوا عليه هنا الاختلاط حكما وهو أن يبين الولد من أى ماء هو وقال صاحب الشريعة وانما قيد بالماء المحترم وان كان الحكم فى غير الماء المحترم كذلك كالحامل من الزنا جريا لحال المسلم على الصلاح وتعبير المؤلف بملك أولى من تعبير صاحب الهداية بالشراء لعموم الملك والشراء من أسباب الملك كما سيأتى وأدول فى اطلاق قوله ملك نظر لان من ملك جارية وهو زوجها لا يجب عليه الاستبراء أو كانت تحت غيره بنكاح ولكن طلقها زوجها بعد أن استبرأها وقبضها لم يلزمه الاستبراء فى شئ من هذه الصور فكان المناسب أن يخرج هذه الصورة ولما كان السبب احداث ملك الرقبة المؤكد باليد تعدى الحكم الى سائر أسباب الملك من الشراء والهبة والصدقة والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشترى من مال الصبى ومن المرأة والمملوكة ومن لا يحل له وطؤها وكذا ان كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب المذكور وادارة الحكم على الاسباب دون الحكم لعدم الاطلاع على الحقائق ٧ ولا يعتد بالحيضة التى اشتراها فى أثنائها ولا بالحيضة التى حاضتها بعد الشراء قبل القبض ولا بالولادة التى ولدتها بعد الاسباب قبل القبض خلافا لابى يوسف وكذا لا يعتد بالحيضة التى حاضتها قبل الاجازة فى بيع الفضولى وان كانت فى يد المشترى ولا يعتد بالحيضة التى بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحا وتجب اذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لان السبب قد تم فى ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة ويعتد بالحيضة التى حاضتها وهى مجوسية أو مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهذا استحداث الملك واليد ٧ ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وفى الاكمل هذا اذا أبقت فى دار الاسلام ثم رجعت فان أبقت فى دار الحرب ثم عادت الى مولاها بوجه من الوجوه فكذا عند الامام وعندهما يجب الاستبراء لانهم يملكونها ولو أقال البائع المشترى قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء وكان أبو حنيفة يقول أولا بالوجوب ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ فى الاصل فصار كانه لم يكن ولو اشترى من عبده المأذون له بعد ما حاضت عند العبد فان لم يكن على العبد دين اعتد بتلك الحيضة لانها دخلت فى ملك المولى من وقت الشراء وان كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما وعند الامام لا يعتد بتلك الحيضة بناء على ان المولى لا يملكه وقد تقدم ولو باع جارية على انه بالخيار وقبضها ثم أبطل البيع فى مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء ان كان المشترى لم يطأ وان كان قد وطئ فعليه الاستبراء ولو زوجها بعد الشراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء فى ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء بعد القبض فالمختار انه يجب واذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعى أيضا لانها تفضى الى الوطء أو يحتمل وقوعه فى غير الملك قال فى العناية واستشكل حيث تعدى الحكم من الاصل وهى المسبية الى الفرع وهو غيرها حتى حرمت الدواعى فى المسبية دونها وأجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المفيد لذلك وهو الرغبة فى المشتراة دون غيرها والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل كما تقدم فى الحديث وفى الاستبراء فى ذوات الاشهر بالشهر لانه قائم فى حقهن مقام الحيض فان حاضت فى أثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر وتستبرئ بالحيضة لانها صارت قادرة على الاصل واذا ارتفع حيضها يتركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل واقعها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو ثلاث وعن محمد بأربعة أشهر وعشرة أيام قال فى الخلاصة وعليه عمل الناس الآن وفى الاكمل والاصح أنه يتركها شهرين أو ثلاثة وعن محمد يتركها شهرين وخمسة أيام ولا بأس بالاحتيال فى اسقاط الاستبراء عند أبى يوسف خلافا لمحمد وقد بينا ذلك فى كتاب الشفعة والمأخوذ به قول أبى يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها فى طهرها ذلك ويؤخذ بقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشترى حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها هكذا ذكر فى الهداية قال الشارح وهذا لا يفيد اذا كان القبض بعد الشراء لانه بالشراء يفسخ النكاح فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء وانما يفيد لو كان القبض قبل الشراء لكيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح وقال ظهير الدين وعندى يشترط أن يدخل بها قبل الشراء

لأن ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة ولا
معتدة بخلاف ما إذا دخل بها لأن بعد الشراء لا تزال معتدة منه بعد فساد النكاح فلا يلزمه الاستبراء ذكره قاضيخان في فتاواه ولو
كان تحته حرة فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به أو يزوجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم
يشتريها ويقبضها ثم يطلقها الزوج لأنه عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا له ولا يجب
عليه الاستبراء وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أوان السبب قال في الكافي في هذه الصورة هذا إذا طلقها الزوج بعد القبض لأنه لو
طلقها قبل القبض كان على المشتري الاستبراء إذا قبضها في أظهر الروايتين اهـ قال رحمه الله ﴿وله أمتان أختان قبلهما بشهوة حرم
وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الأخرى بملك أو نكاح أو عتق﴾ قال الشارح ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج أحدهما كان
أحسن لأنهما يحرمان عليه لا أحدهما فحسب اهـ ولا يخفى أن أحد الدائر بين الشيئين أو أشياء يفيد حرمتهما لا حرمة أحدهما فحسب
كما توهم الشارح قال في العناية وهذه على ثلاثة أوجه إما أن يقبلهما أو لا يقبلهما أو يقبل أحدهما فإن لم يقبلهما أصلا كان له أن يقبل
أو يطأ أيهما شاء سواء اشتراهما معا أو متعاقبا وإن قبل أحدهما كان له أن يقبل المقبلة وأن يطأها دون الأخرى وإن قبلهما بشهوة
فهي مسألة المتن قيد بقوله بشهوة لأنها إذا لم تكن بشهوة لا تكون معتبرة أصلا وإنما حرمتا لأن الجمع بينهما نكاحا ووطأ
لا يجوز لإطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين والمراد به الجمع بينهما على ما ذكرنا ولا يعارضه قوله تعالى وما ملكت
أيمانكم لأن الترجيح للمحرم روي ذلك عن علي قال أحلتهما آية وحرمتهما آية والمحرم مقدم وكذا يحرم الجمع بينهما في الدواعي
لأن الدواعي للوطء بمنزلة الوطء لأن النص مطلق فيتناولهما ومسهما بشهوة والنظر إلى فرجهما كتقبيلهما حتى يحرما عليه إلا إذا
حرم فرج أحدهما لما ذكرنا لزوال الجمع لتحريم فرج إحداهما عليه وتمليك البعض كتمليك الكل وإعتاق البعض كإعتاق
الكل أما عنده فظاهر لأنه لا يتجزأ وكذا عندهما وإن كان يتجزأ لكنه يحرم الوطء وكتابة إحداهما كإعتاقها لأن
فرجها يحرم بالكتابة ورهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا يحل الأخرى لأن فرجها لا يحرم بهذه الأشياء قال تاج الشريعة فإن
قلت الأصل في الدلائل الجمع فأمكن هنا أن يحمل قوله وأن تجمعوا على النكاح أو ما ملكت أيمانكم على ملك اليمين قلت المعنى
الذي يحرم الجمع بين الأختين نكاحا وجد فيهما وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم وقوله بملك أراد به التمليك بأن يملك رقبتها من إنسان
بأي سبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة والصلح والخلع والمهر وأراد بقوله أو نكاح النكاح الصحيح فإذا زوج إحداهما
نكاحا فاسدا لا تحل له الأخرى لأن فرجها لم يصر حراما عليه بهذا العقد إلا إذا دخل بها الزوج فلم يصر جامعا بوطء الأخرى ولا بوطء
الموطوأة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا بمنزلة الأختين قال رحمه الله ﴿وكره تقبيل الرجل الرجل ومعانقته في إزار واحد
ولو كان على قميص جاز﴾ كالمصافحة وفي الجامع الصغير يكره تقبيل الرجل فم الرجل أو يده أو يعانقه وذكر الطحاوي أن
هذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قبل جعفر حين قدم
من الحبشة وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال أول من عانق إبراهيم خليل الرحمن كان بمكة فقدم ذو القرنين إليها فقيل له بهذه
البلدة خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى إلى إبراهيم الخليل فسلم عليه إبراهيم واعتنقه فكان أول من عانق ولهما ما روي عن
أنس قال قلنا يا رسول الله أينحني بعضنا لبعض قال لا قلنا أيعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا أيصافح بعضنا بعضا قال نعم وروي أنه عليه
الصلاة والسلام نهى عن المكامعة وهي التقبيل وما روي بخلافه منسوخ به وقال الخلاف فيما إذا لم يكن عليهما غير الإزار وإن كان
عليهما قميص أو جبة فلا بأس به بالإجماع وهو الذي اختاره الشيخ في المختصر والشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي وفق بين
الأحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وما كان على وجه المبرة والكرامة جائز ورخص السرخسي وبعض
المتأخرين في تقبيل يد العالم المتورع والزاهد على وجه التبرك وقد تقدم وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه إذا لقي غيره فمكروه
وما يفعله من السجود بين يدي السلطان حرام والفاعل والراضي به آثمان لأنه أشبه بعبدة الأوثان وذكر الصدر الشهيد أنه لا يكفر
بهذا السجود لأنه يريد به التحية وقال شمس الأئمة السرخسي السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر وذكر الفقيه أبو الليث
التقبيل على خمسة أوجه قبلة الرحمة كقبلة الوالد لولده وقبلة التحية كتقبيل المؤمنين بعضهم لبعض وقبلة الشفقة كقبلة
الولد لوالديه وقبلة المودة كقبلة الرجل أخاه على الجبهة وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته وأمته وزاد بعضهم قبلة الديانة كقبلة

الحجر

الحجر الاسود وأما القيام للغير فقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام خرج متكئا على عصا فقمنا له فقال عليه الصلاة والسلام لا تقوموا كما تقوم الاعاجم يعظم بعضهم بعضا وعن الشيخ أبي قاسم كان اذا دخل عليه أحد من الاغنياء يقوم له ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال ان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم يتضررون والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني في ذلك وانما يطمعون في رد السلام والكلام في العلم ولا بأس بالمصافحة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال من صافح أخاه المسلم وحرك يده في يده تناثرت ذنوبه وفي حديث آخر ما من مسلمين التقيا فتصافحا الا غفر لهما قبل أن يتفرقا ولا بأس بمصافحة العجوز التي لا تشتهى ولا يمس الرجل المرأة وهما شابان سواء كانت الصغيرة ماسة أو البالغ ماس اهـ والله تعالى أعلم

﴿فصل في البيع﴾ قدم فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم قال رحمه الله ﴿كره بيع العذرة لا السرقين﴾ لان المسلمين يتمولون السرقين وانتفعوا به في سائر البلاد والامصار من غير نكير فانهم يلقونه في الاراضي لاستكثار الريع بخلاف العذرة لان العادة لم تجر بالانتفاع بها الا مخلوطة برماد أو تراب غالب عليها فحينئذ يجوز بيعها والصحيح عن الامام أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز فعلى هذا يجوز بيع الخالصة وفي المحيط رجل يبيع ويشتري على الطريق فأراد انسان أن يشتري منه شيأ فان لم يكن في قعوده ضرر بالناس وسعه أن يقعد في الطريق ويشتري منه وان كان فيه ضرر يكره له أن يشتري منه وهو المختار لانه يكون معينا له على الاثم والعدوان صبي جاء الى سوق بخبز أو بلبن أو بعدس فلا بأس بأن يبيع منه البصل والثوم وغير ذلك لانه مأذون فيه عادة ويكره أن يبيع منه الجوز والفستق حتى يسأله هل أذن له بذلك أبوه أم لا لانه غير مأذون في ذلك عادة وفيه وأما المغني والنائحة والقوال اذا أخذ المال هل يباح له ان كان من غير شرط يباح لانه أعطاه المال عن طوع من غير عقد وان كان من عقد لا يباح له لانه أجر على المعصية اهـ وفي السراجية يكره بيع الغلام الامرد ممن عرف بالمواطأة رجل اشترى عبدا مجوسيا فأبى أن يسلم وقال ان بعتني من مسلم قتلت نفسي جاز له أن يبيعه من المجوسي ولا بأس بأن يبيع الزنار من النصارى والقلنسوة من اليهود وفي جامع الجوامع عن الثاني باع ثورا من المجوسي ليسحره في عيدهم يقتلونه فالصالا بأس به وفي التتمة سئل علي بن أحمد أهل بلدة زادوا في موازينهم فيما يوزن بزيادة فوق الزيادة في سائر البلدان وبعضهم يوافق وبعضهم لا يوافق أتحل لهم تلك الزيادة فقال لا قالوا ولو اتفق الكل على ذلك قال لا وفي السراجية رجل اشترى لحما أو سمكا أو شيأ من الثمار فذهب المشتري ليأتي بالثمن وأبطأ فخشي البائع أن يفسد فانه يبيعه من غيره ويحل شراء ذلك منه واذا مرض الرجل فاشترى له ابنه أو ولده جاز اهـ قال رحمه الله ﴿وله شراء أمة زيد قال بكر وكلني زيد ببيعها﴾ يعني ان جارية لانسان فرآها في يد آخر يبيعها فقال له وكلني مولاها بالبيع حل له أن يشتريها منه ويطأها لانه أخبره بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد في المعاملات مقبول كما تقدم وكذا اذا قال اشتريتها منه أو وهبني أو تصدق علي فله الشراء ولا فرق بين أن يعلم أنها له أو لم يعلم لان خبره هو المعتمد عليه اذا كان ثقة فان كان المخبر غير ثقة فيما اذا ادعى الملك أو غيره فان كان أكبر رأيه أنه صادق وسعه الشراء على ما تقدم وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لا يتعرض لشيء من ذلك لان أكبر رأيه يقوم مقام اليقين وان لم يخبره صاحب اليد بشيء من الوكالة وانتقال الملك اليه فان كان يعرف أنها لغيره لا يشتري حتى يعرف أن الملك انتقل اليه لان يد الاول دليل الملك فان كان لا يعرف أنها لغيره وسعه أن يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا الا أن مثله لا يملك مثلها كدرة في يد كناس فحينئذ يستحب له أن يتنزه عنها ولو اشتراها مع ذلك صح لاعتماده على الشرعي وهو اليد وان كان الذي أتاه بها عبدا فانه لا يقبلها ولا يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره ولو قال له أذن لي مولاي في بيعها وهو ثقة قبل قوله قال صاحب العناية فان قيل قوله وهو ثقة يناقض قوله يقبل على أي صفة وأجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب لمروءته ولوجاهته بقي أن يقال ما ذكرها أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ولا بد في قبول قوله اذا كان غير عدل أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق وقدم في أول هذا الكتاب أن يقبل في المعاملات خبر الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان أكبر رأي السامع أنه صادق فما ذكرها مخالف لما تقدم لان الذي اعتبر في الديانات دون المعاملات اعتبر هنا في المعاملات أيضا والجواب أن خبر الفاسق انما يقبل في الديانات اذا حصل بعد التحري وفي المعاملات ذكر فخر الاسلام خبر العدل يقبل فيها من غير تحر وهو المذكور في الجامع الصغير وفي موضع آخر يشترط فيها التحري وهو المذكور

قوله قدم فصل البيع الخ كذا في النسخ ولعل صوابه أخر كما يقتضيه تعليله والواقع لانه قدم هذه الفصول فليتأمل

وما فيه كثير أجل وبيع المفاوز في الماء بين أن يتربص العشرة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة المذكورة للمعاقبة
في الدنيا وأما الإثم فيحصل وإن قلت المدة وحاصله أن التجارة في الطعام غير محمودة وفي المحيط الاحتكار على وجوه أحدها حرام
وهو أن يشتري في المصر طعاما ويمتنع عن بيعه عند الحاجة إليه ولو اشترى طعاما في غير المصر ونقله إلى المصر وحبسه قال الإمام لا بأس
به لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع من المصر أو جلب من فنائه وقال الثاني يكره وقال محمد كل بقعة يجلب منها إلى المصر في العادة فهي
بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه وهذا في غاية الإحسان اهـ قال رحمه الله ﴿ولا غلة ضيعته وما جلبه من بلد آخر﴾ يعني
لا يكره احتكار غلة أرضه وما جلبه من بلد آخر لأنه خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة ولا يكون احتكارا ألا ترى أن له أن
لا يزرع ولا يجلب فكذا له أن لا يبيع وهذا في المجلوب قول الإمام خاصة فإن حق العامة لا يتعلق بما جلب فصار كغلة ضيعته
والجامع تعلق حق العامة به وقد مر قول محمد وقول أبي يوسف عن المحيط اهـ قال رحمه الله ﴿ولا يسعر السلطان إلا أن يتعدى
أرباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولأن
الثمن حق البائع فكان إليه تقديره فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا كان أرباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون
في القيمة تعديا فاحشا وعجز السلطان عن منعه إلا بالتسعير فيسعره بمشورة أهل الرأي والبصر فإذا فعل ذلك على رجل فتعدى وباع
بثمن فوقه أجازه القاضي وهذا لا يشكل على قول الإمام لأنه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم
ويبيع القاضي وللسلطان أن لا يتعجل بعقوبة من باع فوق ما سعر بل يعظه ويزجره وإن رفع إليه ثانيا فعل به كذلك وهدده
وإن رفع إليه ثالثا حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ويمتنع الضرر عن الناس وفي الهداية ولو باع شيئا بثمن زائد على ما قدره الإمام
فليس على الإمام أن ينقضه والغبن الفاحش هو أن يبيعه بضعف قيمته وإذا امتنع أرباب الطعام عن بيعه لا يبيعه القاضي
والسلطان عند الإمام وعندهما يبيع بناء على أنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل وهما يريانه فامتنع المحتكر من بيع الطعام
للإمام أن يبيعه عليه عندهم جميعا على مسألة الحجر وقيل يبيع بالإجماع لأنه اجتمع ضرر عام وضرر خاص فيقدم دفع الضرر العام
كما بينا في كتاب الحجر قال في المحيط قال بعض مشايخنا إذا امتنع المحتكر عن بيع الطعام يبيعه الإمام عليه عندهم جميعا اهـ ومن
باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع كذا في الهداية وفي المحيط إن كان البائع يخاف إذا زاد في الثمن على ما قدره
أو نقص في البيع يضربه الإمام أو من يقوم مقامه لا يحل للمشتري ذلك لأنه في معنى المكره والحيلة في ذلك أن يقول له بعني بما تحب
ولو اصطلح أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك عندهم فاشترى منهم رجل خبزا بدرهم أو لحما بدرهم وأعطاه البائع
ناقصا والمشتري لا يعرف ذلك كان له أن يرجع بالنقصان إذا عرفه لأن المعروف كالمشروط وإن كان من غير أهل تلك البلدة كان له
أن يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم لأن سعر الخبز يظهر عادة في البلدان وسعر اللحم لا يظهر إلا نادرا فيكون شارطا في الخبز
مقدارا معتادا دون اللحم ولو خاف الإمام على أهل مصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فإذا وجدوه ردوا مثله وليس
هذا من باب الحجر وإنما هو من باب دفع الضرر عنهم كما في حال المخمصة كذا في شرح المختار قال رحمه الله ﴿وجاز بيع العصير
من خمار﴾ لأن المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه فيكون إعانة لهم
وتسببا وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ولأن العصير يصلح لأشياء كلها جائزة شرعا فيكون الفساد إلى اختياره
وبيع المكعب المفضض للرجال إذا علم أنه يشتريه ليلبسه يكره لأنه إعانة له على لبس الحرام ولو أن إسكافا أمره إنسان أن يتخذ
له خفا على زي المجوس أو الفسقة أو خياطا أمره إنسان أن يخيط له قميصا على زي الفساق يكره له أن يفعل ذلك كذا في المحيط قال
رحمه الله ﴿وإجارة بيت ليتخذ بيت نار أو بيعة أو كنيسة أو يباع فيه خمر بالسواد﴾ يعني جاز إجارة البيت لكافر ليتخذه
معبدا أو بيت نار للمجوس أو يباع فيه خمر في السواد وهذا قول الإمام وقالا يكره كل ذلك لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى
ولا تعاونوا على الإثم والعدوان وله أن الإجارة على منفعة البيت ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وإنما المعصية
بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته ذلك إلى المؤجر وصار كبيع الجارية ممن لا يستبرئها أو يأتيها في دبرها أو بيع الغلام
ممن يلوط به والدليل عليه أنه لو أجره للسكنى جاز ولا بد فيه من عبادته وإنما قيده بالسواد لأنهم لا يمكنون من ذلك في الأمصار ولا
يمكنون من إظهار بيع الخمر والخنزير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فلا تعارض بظهور شعائر الكفر قالوا في هذا سواد

الكوفة

الكوفة لان غالب أهلها أهل ذمة وأما في غيرها فيها شعائر الاسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها في الاصح وفي التتارخانية مسلم له امرأة من أهل الذمة ليس له أن يمنعها من شرب الخمر وله أن يمنعها من ادخال الخمر بيته ولا يجبرها على الغسل من الجنابة وفي كتاب الخراج لابي يوسف المسلم يأمر جاريته الكتابية بالغسل من الجنابة ويجبرها على ذلك قالوا يجب أن تكون المرأة الكتابية على هذا القياس أيضا قال القدوري في النصراني تحت المسلم لا ينصب في بيته صليبا ويصلي في بيته حيث شاءت ومن سأل من أهل الذمة المسلم طريق البيعة لا ينبغي له أن يدله عليها اهـ قال رحمه الله تعالى ﴿وحمل خمر الذمي بأجر﴾ يعني جاز ذلك وهذا عند الامام وقالا يكره لانه عليه الصلاة والسلام لعن في الخمر عشرة وعد منها حاملها وله ان الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية وانما المعصية بفعل فاعل مختار وصار كمن استأجره لعصر العنب وقطفه والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا أجر دابة ليحمل عليها الخمر أو نفسه ليرعى له الخنازير فانه يطيب له الاجر عنده وعندهما يكره وفي التتارخانية ولو أجر المسلم نفسه للذمي ليعمل في الكنيسة فلا بأس به وفي الذخيرة اذا دخل يهودي الحمام هل يباح للخادم المسلم أن يخدمه قال ان خدمه طمعا في فلوسه فلا بأس به وان خدمه تعظيما له ينظر ان فعل ذلك ليميل قلبه الى الاسلام فلا بأس به وان فعله تعظيما له كره ذلك وعلى هذا اذا دخل ذمي على مسلم فقام له طمعا في اسلامه فلا بأس به وان قام له تعظيما له كره له ذلك قال رحمه الله ﴿وبيع بناء بيوت مكة وأراضيها﴾ يعني يجوز ذلك أما البناء فظاهر لانه ملك لبانيه ألا ترى انه لو بنى في المستأجر أو الوقف جاز البناء وكان ملكا له وأما بيع أراضيها فالمذكور هنا قول أبي يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن الامام لان أراضيها مملوكة لاهلها لظهور التصرف والاختصاص ولقوله عليه الصلاة والسلام هل ترك لنا عقيل من رباع الحديث فيه دليل على أن أراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس ذلك من أول الاسلام الى الآن من غير نكير وهو من أقوى الحجج وقال الامام لا يجوز بيع أراضيها لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله حرم مكة وحرم بيع أراضيها واجارتها ولانه وقف الخليل عليه الصلاة والسلام ولان الاراضي بمكة كانت تدعى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده السوائب من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها تركها اهـ قال الشارح ومن وضع عند بقال درهما يأخذ منه ما شاء كره له ذلك لانه اذا ملكه الدرهم فقد أقرضه اياه وقد شرط أن يأخذ منه من البقول وغيرها ما شاء وله في ذلك نفع بقاء الدرهم وكفايته للحاجات ولو كان في يده لخرج من ساعته ولم يبق فصار في معنى قرض جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي أن يودعه عنده ثم يأخذ منه شيأ فشيأ وان ضاع فلا شئ عليه لان الوديعة أمانة اهـ قال رحمه الله ﴿وتعشير المصحف ونقطه﴾ يعني يجوز لان القراءة والآية توقيفية ليس للرأي فيها مدخل فالتعشير حفظ الآيات والنقط الاعراب فكانا حسنين ولان العجمي الذي لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة الا بالنقط فكان حسنا وما روي عن ابن مسعود من قوله جردوا القرآن فذاك في زمانهم لانهم كانوا يتلقونه عن النبي صلى الله عليه وسلم كما أنزل وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامي السور وعدد الآي وان كان محدثا فهو حسن وكم من شئ يختلف باختلاف الزمان والمكان وفي العناية ويكره التعاشير وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات اهـ قال رحمه الله ﴿وتحليته﴾ يعني ويجوز تحلية المصحف لما فيه من تعظيمه كما في نقش المسجد وزينته وقد تقدم في بابه قال رحمه الله ﴿ودخول ذمي مسجدا﴾ يعني جاز ادخال الذمي جميع المساجد عندنا وقال مالك يكره في كل المساجد وقال الشافعي يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام ولان الكافر لا يخلو عن النجاسة والجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه ولنا انه عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة في المسجد فقال الصحابة المشركون نجس فقال عليه الصلاة والسلام ليس على الارض من نجاستهم شئ وانما نجاستهم على أنفسهم والنجاسة المذكورة في الآية الخبث في اعتقادهم لان كل خبيث رجس وهو النجس والمراد المنع في الآية منعهم عن الطواف ولما أعلى الله كلمة الاسلام منعهم صلى الله عليه وسلم من الدخول للطواف والتعميم المذكور هنا هو المذكور في الجامع الصغير وذكره الكرخي في مختصره وذكر محمد في السير الكبير انهم يمنعون من دخول المسجد الحرام فان قلت الدليل ليس نصا في المسئلة لان المذكور دخول الذمي والدليل يفيد جواز دخول الذمي بالاولى فأفاد المطلوب وزيادة النص وظهر أن قول المؤلف ذمي مثال وليس بقيد ولهذا عبر محمد في كتبه بلفظ الكافر ليفيد العموم وفي الذخيرة اذا قال الكافر من أهل الحرب أو من أهل الذمة علمني القرآن فلا بأس بان يعلمه ويفقهه في الدين قال القاضي علي السغدي الا انه لا يمس المصحف

فإن اغتسل ثم مسه فلا بأس به وعلم من هذه المسئلة أن المسلم الطاهر من الجنابة إذا اعتاد المرور في المسجد ليقطر ما فيه من العبادة
أو قرآن أو ذكر أو لينتظر الصلاة لا يأثم ولا يفسق وقولهم معتاد المرور يأثم ويفسق محمول على ما إذا اعتاد ذلك من غير استحلال
الدخول أو جعله طريقا من غير ضرورة والدليل على هذا التفصيل وصفه بالإثم والفسق اهـ قال محمد رحمه الله تعالى يكره الأكل
والشرب في أواني المشركين قبل الغسل ومع هذا لو أكل أو شرب فيها جاز إذا لم يعلم بنجاسة الأواني وإذا علم حرم ذلك عليه قبل الغسل
والصلاة في ثيابهم على هذا التفصيل ولا بأس بطعام اليهود والنصارى من أهل الحرب ولا فرق بين أن يكونوا من بني إسرائيل أو من
نصارى العرب ولا بأس بطعام المجوس كلها إلا الذبيحة وفي التتمة يكره للمسلم دخول البيعة والكنيسة لأنه مجمع الشياطين اهـ
قال رحمه الله ﴿وعيادته﴾ يعني تجوز عيادة الذمي المريض لما روي أن يهوديا مرض بجوار النبي صلى الله عليه وسلم فقال قوموا بنا
نعود جارنا اليهودي فقاموا ودخل النبي صلى الله عليه وسلم وقعد عند رأسه وقال له قل أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله فنظر
المريض إلى أبيه فقال أجبه فنطق بالشهادة فقال صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار الحديث ولأن العيادة نوع
من البر وهي من محاسن الإسلام فلا بأس بها ويرد السلام على الذمي ولا يزيده على قوله وعليك لأنه عليه الصلاة والسلام لم يرده على
ذلك ولا يبدؤه بالسلام لأن فيه تعظيمًا له فإن كان له إليه حاجة فلا بأس ببداءته ولا يدعو له بالمغفرة ويدعو له بالهدى ولو دعا له بطول
العمر قيل يجوز لأن فيه نفعا للمسلمين بالجزية وقيل لا يجوز وعلى هذا الدعاء بالعافية وهذا إذا كان من أهل الكتاب ولو كان
مجوسيا لا يعوده لأنه أبعد عن الإسلام وقيل نعوده لأن فيه إظهار محاسن الإسلام وترغيبه فيه واختلفوا في عيادة الفاسق والأصح
أنه لا بأس به لأنه مسلم والعيادة من حق المسلمين وإذا مات الكافر قيل لولده أو لقريبه في تعزيته أخلف الله عليك خيرا منه
وأصلحك ورزقك ولدا مسلما لأن الخيرية تظهر ويقول في تعزية المسلم أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك ورحم ميتك وأكثر
عددك وفي النوازل ولا بأس بأن يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان أو بعيدا محاربا كان أو ذميا وأراد بالمحارب المستأمن
فأما إذا كان غير مستأمن فلا ينبغي له أن يصله بشيء وفي الذخيرة إذا كان حربيا في دار الحرب وكان الحال حال صلح فلا بأس بأن يصله
واختلفوا في أهل بكر دلما أن يقبل هدية المشرك أو لا يقبل ذكر فيه قولان وفي فتاوى أهل سمرقند مسلم دعاه نصراني إلى داره
ضيفا حل له أن يذهب معه وفي النوازل المجوسي أو النصراني إذا دعا رجلا إلى طعام تكره الإجابة وإن قال اشتريت اللحم من السوق
فإن كان الداعي يهوديا فلا بأس قال رحمه الله ﴿وخصي البهائم﴾ يعني يجوز لأنه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين أملحين
موجوءين والموجوء هو الخصي ولأن لحمه يطيب به ويترك النطاح فكان حسنا ولك أن تقول الدليل لا يفيد جواز الفعل
وإنما يفيد جواز التضحية به ولا يلزم من جواز التضحية جواز الفعل والجواب أن البهائم كانت تكثر في زمنه صلى الله عليه وسلم
فتكوى بالنار لأجل المنفعة للمالك فكذا يجوز هذا الفعل لتعود المنفعة للمالك وفي الصحاح جمع خصي هو خصيان بكسر الخاء
والرجل خصي وخصية اهـ قال العيني والخصيان بضم الخاء جمع خصي وفي المحيط إن الأصل إيصال الألم إلى الحيوان لمصلحة تعود
إلى الحيوان يجوز ولا بأس بكي البهائم للعلامة ويكره كسب الخصي من بني آدم وقتل النملة قيل لا بأس به مطلقا وقيل إن بدأت بالأذى
فلا بأس به وإن لم تبتدئ يكره وهو المختار ويكره إلقاؤها في الماء وقتل القملة يجوز بكل حال قرية فيها كلاب كثيرة ولأهل القرية
منها ضرر يؤمر أرباب الكلاب بأن يقتلوا كلابهم لأن دفع الضرر واجب وإن أبوا ألزمهم الناهي ولا ينبغي أن يتخذ في بيته
كلبا إلا كلب الحراسة الهرة إذا كانت مؤذية يذبحها بالسكين ويكره ضربها وفرك أذنها اهـ وأطلق المؤلف في البهائم فشمل الخيل
وفي الخانية ويكره خصي الفرس وذكر شمس الأئمة في شرحه أن خصي الفرس حرام اهـ وفي الخانية لا بأس بثقب أذن الطفل
اهـ وفي النوازل يقلم الظفر يوم الجمعة لقوله عليه الصلاة والسلام من قلم أظافيره يوم الجمعة أعاذه الله من البلاء إلى الجمعة الأخرى
وزيادة ثلاثة أيام ولو قلم أظافيره أو جز شعره يجب أن يدفن وإن رماه فلا بأس به وإن رماه في الكنيف أو المغتسل فهو مكروه
وفي الفتاوى العتابية يدفن أربعة الظفر والشعر وخرقة الحيض والدم ويندب للرجل أن يأخذ من شاربه حتى يوازي الطرف
العليا من الشفة ويصير مثل الحاجب وهذا كله إذا لم يكن في دار الحرب فإن كان في دار الحرب يندب تطويل الأظفار ويندب
تطويل الشعر ليكون أهيب في عين العدو وفي التتمة حلق شعر صدره وظهره فيه ترك الأدب وفي الملتقط يقبض على لحيته
فإن زاد على قبضته جزه ولا بأس إذا طالت لحيته أن يأخذ من أطرافها وفي المضمرات ولا بأس بأن يأخذ الحاجبين وشعر وجهه ما لم

يشبه المخنث وفي الصغرى ولا بأس للرجل أن يحلق وسط رأسه ويرسل شعره من غير أن يفتله فإن فتله فهو مكروه لأنه يشبه بعض الكفرة وإذا حلقت المرأة شعر رأسها فإن كان لوجع أصابها فلا بأس به وإن حلقت تشبها بالرجل فهو مكروه وإذا وصلت شعرها بشعر غيرها فهو مكروه واختلفوا في جواز الصلاة فيه والمختار أنه يجوز وإن لم يكن له شعر في لحيته ولا بأس للجلاب أن يشعروا على جبهته لأنه يوجب زيادة في القيمة وفي جامع الجوامع حلق العانة بيده وإن حلق الحجام جاز إذا غض بصره ويجوز للمرأة أن تلقي الأذى عن وجهها اهـ وفي النوادر امرأة حامل اعترض الولد في بطنها ولا يمكن إلا بقطعه أرباعا ولو لم يفعل ذلك يخاف على أمه من الموت فإن كان الولد ميتا في البطن فلا بأس به وإن كان حيا لا يجوز لأن إحياء نفس بقتل نفس أخرى لم يرد في الشرع امرأة حامل ماتت فاضطرب الولد في بطنها فإن كان أكبر رأيه أنه حي يشق بطنها لأن ذلك تسبب في إحياء نفس محترمة بترك تعظيم الميت فالإحياء أولى ويشق بطنها من الجانب الأيسر ولو لم يشق بطنها حتى دفنت ورؤيت في المنام أنها قالت ولدت لا ينبش القبر لأن الظاهر أنها ولدت ولدا ميتا امرأة عالجت في إسقاط ولدها لا تأثم ما لم يستبن شيء من خلقه وعن محمد رجل ابتلع درة أو دنانير لآخر فمات الميت ولم يترك مالا فعليه القيمة ولا يشق بطنه لأنه لا يجوز إبطال حرمة الميت لأجل الأموال ولا كذلك المسألة المتقدمة وعن الجرجاني يشق بطنه في الحالين لأن حق الآدمي مقدم على حق الله تعالى إن كان حرمة الميت حقا لله تعالى وإن كان حق الميت فحق الآدمي الحي مقدم على حق الميت لاحتياج الحي إلى حقه دجاجة ابتلعت لؤلؤة لغيره أو دخل قرن شاة في قدر الباقلاء وتعذر إخراجه ينظر إلى أيهما أكثر قيمة فيقدم على غيره ولو أن فصيلا دخل دارا ولا يمكن إخراجه إلا بهدم الدار ينظر إلى أيهما أكثر قيمة فيقدم على غيره فيهدم الآخر أو يذبح ولا بأس بإلقاء الذباب في الشمس لتموت الديدان التي فيه لأن فيه منفعة الناس قال محمد في السير الكبير لا بأس بالتداوي بالعظم إذا كان عظم شاة أو بقرة أو بعير أو فرس أو غيره من الدواب إلا عظم الخنزير والآدمي فإنه لا يمكن التداوي بهما ولا فرق فيما يجوز بين أن يكون ذكيا أو ميتا رطبا أو يابسا وفي الذخيرة رجل سقط سنه فأخذ سن الكلب فوضعه في موضع سنه فثبتت لا يجوز ولا يقطع ولو أعاد سنه ثانيا وثبتت قال ينظر إن كان يمكن قلع سن الكلب بغير ضرر يقلع وإن كان لا يمكن إلا بضرر لا يقلع وفي التتمة يتخذ الدواء من الضفدع ولو أكلت المرأة شيئا لتسمن نفسها لزوجها لا بأس به وفي النوازل مرض الرجل فقال له الطبيب أخرج الدم فلم يخرجه حتى مات لا يكون مأجورا ولو ترك الدواء حتى مات لا يأثم وفي الخلاصة صام وهو غير قادر على الصيام حتى مات أثم وفي الخانية جاع ولم يأكل وهو قادر على الأكل كان آثما فرض عليه أن يأكل مقدار قوته التداوي بالخمر إذا أخبره طبيب حاذق أن الشفاء فيه جاز وصار حلالا وخرج عن قوله صلى الله عليه وسلم لم يجعل الله شفاء أمتي فيما حرم عليهم لأنه صار كالمضطر وفي النوازل رجل أدخل المرارة في أصابعه للتداوي قال أبو حنيفة يكره وقال أبو يوسف يجوز والفقيه أبو الليث اختار قول أبي يوسف وفي الخانية وعلى هذا الخلاف شرب بول ما يؤكل لحمه للتداوي وفي النوازل الشيخ إذا وضع على الجرح للتداوي وعرف أن التداوي به لا بأس به وفي السراجية وتعليق الحجاب لا بأس به وينزعه عند الخلاء والقربان وأفتى بعضهم بأن هذا فعل العوام والجهال الاكتحال في يوم عاشوراء لا بأس به ضرب الدفاف على الأبواب أيام العيد ولا يحل بل هو مكروه وفي الغياثية الحجامة بعد نصف الشهر حسن نافع جدا وكره قبل نصف الشهر وفي فتاوى أهل سمرقند إذا عزل الرجل عن امرأته بغير رضاها في هذا الزمان لخوف سوء الولد لا بأس به قال رحمه الله ﴿وإنزاء الحمير على الخيل﴾ لأنه عليه الصلاة والسلام ركب البغل واقتناه ولو حرم لما فعل ولأن فيه منفعة وما ورد فيه من النهي كان لأجل تكثير الخيل ولا يخفى أن الدليل لا يفيد المدعى لأن غايته أن يفيد جواز الركوب ولا يلزم منه جواز الإنزاء والجواب لما كان هذا الفعل في زمنه ظاهرا والظاهر أنه علمه ولم يمنعه دل على الجواز قال رحمه الله ﴿وقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته ثوبا وهديته النقدين﴾ يعني يجوز قبول هديته إلى آخر ما ذكر ويكره كسوته ثوبا وهديته النقدين وهذا هو الاستحسان والقياس أن لا يجوز الكل لأنه تبرع والعبد ليس من أهله لكن جوز ما ذكر لتعامل الناس به وقبوله صلى الله عليه وسلم هدية سلمان الفارسي قبل عتقه وقبل هدية بريرة وقال هو لها صدقة ولنا هدية لا يشمل هذا الحكم فعلم ما ذكر في كتاب المأذون لا ما نحن فيه وكذلك لكن ذكرها بطريق الاستطراد فإن هذا محل بيان ما يجوز وما يكره ويكره للمقرض أن يقبل هدية من أقرضه إذا كانت مشروطة في القرض أو يعلم أنه أهداه لأجل القرض ولو لم يكن مشروطا ولم يعلم أنه لأجل الدين لم يكره وأما هدايا الأمراء

في زماننا قال الشيخ محمد بن الفضل ترد على أربابها وقال الامام أبو بكر محمد بن حامد توضع في بيت المال وذكر محمد بن الفضل
أن المذهب وضعها في بيت المال لكن تركت ذلك خوفا أن يصرفها الامراء الى شهوات وخلوات وكان الشيخ أبو القاسم الحكيم
يقبل هدية السلطان ويأخذه فقيل له أيحل أن تقبل هديته قال ان خلطها بدراهم أخرى فلا بأس به وان كان عين المغصوب من غير
خلط لم يجز وفي النوازل اذا ناول لقمة من الطعام لغيره يعتبر في ذلك تعامل الناس فان علم ان رب الطعام يرضى بذلك حل وان علم انه
لا يرضى بذلك حرم وفي الخلاصة لو ناول الخادم الذي على رأس المائدة جاز وأما رفع الطعام من بيته لمكان آخر فلا يحل الا باذن
لصاحب الطعام في ذلك ويستحب للضيف أن يجلس حيث يجلس ويرضى بما قدم له وان لا يقوم الا باذن صاحب البيت وان يدعو
له اذا خرج من بيته ولا يكره لصاحب المنزل السكوت عن الاضياف ويستحب أن يخدم الضيف بنفسه لما روي عن قصة ابراهيم
عليه السلام وفي الخانية لاب الصغير أن يهدي لمعلمه شيأ في الاعياد ويستحب أن يأكل ما سقط من المائدة قال رحمه الله
﴿واستخدام الخصي﴾ أي يكره استخدامه لان فيه تحريض الناس على الخصي وهو مثلة وحرام وقد نهى عنه النبي صلى الله
عليه وسلم وقدمنا شيأ من أحكامه في الكلام على خصي البهائم قال رحمه الله ﴿والدعاء بمعقد العز من عرشك﴾ وفيه عبارتان
بمقعد ومعقد فالاولى من العقد والثانية من القعود تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا فانه يوهم ان عزه متعلق بالعرش والعرش حادث
وما تعلق به يكون حادثا ضرورة والله سبحانه وتعالى متعال عن صفات الحدوث بل عزه قديم وأورد عليه بعض المتأخرين ان حدوث
تعلق صفته تعالى بشئ حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق فان صفة العز ثابتة له أزلا وأبدا وعدم تعلقه
بالعرش الحادث قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصان فيه كما أن تعلق كمال قدرته في هذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه
لا يوجب عدم قدرته أو نقصانها وبالجملة التعلقات الحادثة لظاهر الصفات لا تنافي قدمها فلك أن تجيب عن ذلك بان مشايخنا انما
هجروا هذه العبارة ليس لايهام مطلق تعلق عزه بالمحدث اذ قد تقرر في أصول الدين ان ظهور المحدثات كلها وبروزها من العدم الى دائرة
الوجود بسبب تعلق ارادة الله وقدرته بذلك والحدوث انما هو في التعلقات دون أصل الصفات وانما مرادهم بهجر هذه العبارة ايهام
تعلق عز الله تعالى بالمحدث تعلقا خاصا وهو أن يكون ذلك المحدث مبدأ أو منشأ لعزة الله تعالى كما يوهم كلمة من في عرشه ولا شك
ان التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزه الله تعالى ولا في صفة من صفات الله تعالى أصلا قال أبو يوسف
لا بأس ان يقول ذلك في دعائه وبه أخذ الفقيه أبو الليث لانه ورد انه عليه الصلاة والسلام كان يقول أسألك بمعقد العز من عرشك
والاحتياط والامتناع عن ذلك لكونه خبر واحد مخالف للقطعي ورجل ذكر الله في مجلس الفسق وأراد بذلك ان يشتغل بالتسبيح
عما هم فيه فهو أحسن وأفضل وفي الخلاصة ويثاب كمن سبح الله تعالى في السوق وأراد بذلك ان الناس يشتغلون بامر الدنيا وهو
يشتغل بالتسبيح ولو فتح التاجر السلعة فصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وأراد بذلك اعلام المشتري جودة ثوبه فذلك مكروه بخلاف
العالم اذا قال في علمه صلوا على النبي صلى الله عليه وسلم أو قال قارئ القوم كبروا حيث يثاب وفي الخلاصة الفقيه هل يصلي صلاة
التسبيح قال ذلك طاعة العامة قيل له فلان الفقيه يصليها قال هو عندي من العامة وفي العناية وردت الاخبار بتفضيل بعض
السور والآيات على بعض كآية الكرسي ونحوها واختلفوا في معنى الافضل قال بعض ان ثواب قراءتها أفضل وقيل ان ما فيها للقلب
أيقظ وهذا أقرب الى الصواب والافضل ان لا يفضل بعض القرآن على بعض كره بعض المشايخ التصدق على الذي يقرأ القرآن في
الاسواق رجاء الله والتسبيح والتهليل من الذي يسأل في الاسواق بغير القرآن ويكره التصدق على الذي يسأل الناس في المساجد
رجاء الله ويكره ان يقرأ القرآن في المخرج والمغتسل والحمام وموضع النجاسات وفي المسالخ والمدبغ الاسرة وفي النوازل قراءة القرآن
عند المقابر اذا أخفاها لا يكره وان جهر بها يكره والشيخ محمد بن ابراهيم قال لا بأس أن يقرأ سورة الملك على المقابر سواء أخفاها
أو جهر بها أما غيرها فلا يقرؤها لورود الآثار بسورة الملك وعن أبي بكر وأبي سعيد يستحب زيارة القبر وقراءة سورة الاخلاص
سبع مرات فان كان الميت غير مغفور له غفر له وان كان مغفورا له غفر لهذا القارئ ووهبت ثوابه للميت وفي التتارخانية رجل
مات فاجلس وارثه رجلا على قبره يقرأ القرآن قال بعضهم يكره والمختار انه لا يكره والاشبه انه ينتفع الميت وفي الخانية ان قراءة
القرآن عند القبور ان نوى ان يؤانسهم بصوته يقرأ وان لم يقصد ذلك فالله سبحانه وتعالى يسمع القرآن حيث كان قوم يقرؤن
القرآن في المصحف أو رجل دخل عليه واحد فقام له فان كان عالما أو أباه أو استاذه الذي علمه القرآن جاز ان يقوم له وغير ذلك

لا يجوز وفي فتاوى أهل سمرقند ولا بأس بأن يقرأ القرآن إذا وضع جنبه على الأرض ويضم رجليه عند القراءة وإن خرج رأسه إذا غطى رأسه باللحاف وإذا قرأ آية أو سورة فعليه أن يستعيذ بالله وأن يتبع ذلك التسمية قبل القراءة وفي فتاوى أهل سمرقند إذا كان يقرأ القرآن فسمع المؤذن أنه يجيب المؤذن ويقطع وعن محمد أنه يمضي إلى قراءته ولا يلتفت إليه وفي التتمة سئل الخجندي عن إمام يقرأ مع جماعة كل غداة بعد فراغ صلاته جاهرا آية الكرسي وشهد الله وآخر سورة البقرة هل يجوز ذلك قال يجوز والأفضل الإخفاء قال السمعاني ابن الحنفية قيل الدعاء أربعة دعاء رغبة ودعاء رهبة ودعاء تضرع ودعاء خفية ففي دعاء الرغبة يجعل بطون كفيه إلى السماء وفي دعاء الرهبة يجعل ظهورهما إلى وجهه كالمستغيث من الشيء وفي دعاء التضرع يعقد الخنصر والبنصر ويحلق الإبهام والوسطى ويشير بالسبابة وفي دعاء الخفية يفعل ما يفعل المرء في نفسه وفي التتمة لا يقول الرجل استغفر الله وأتوب إليه ولكن يقول استغفر الله وأسأله التوبة قال أبو جعفر الطحاوي لا بأس به وفي الفتاوى العتابية وما جاء في الحديث اتقوا دعوة المظلوم وإن كان كافرا المراد والله أعلم كافر النعمة لا كافر الديانة قال الصدر الشهيد وهو الصحيح وبها قال أبو نصر الدبوسي وعليه الفتوى ولو أراد أن يصلي ويقرأ القرآن وخاف أن يدخل عليه الرياء لا يترك الصلاة والقراءة لأجل ذلك وكذا في جميع الفرائض وفي التتارخانية وإذا سال الدم من الأنف وكتب الفاتحة بالدم على الفم والوجه جاز للاستشفاء والمعالجة ولو أراد أن يكتب ذلك بالبول لم ينقل ذلك عن المتقدمين وقيل لا بأس به إذا علم فيه الشفاء قال رحمه الله ﴿وبحق فلان﴾ يعني لا يجوز أن يقول بحق فلان عليك وكذا بحق أنبيائك وأوليائك ورسلك والبيت والمشعر الحرام لأنه لا حق للمخلوق على الخالق وإنما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله افعل كذا لا يجب عليه أن يأتي بذلك شرعا ويستحب أن يأتي بذلك وفي التتارخانية وجاء في الآثار ما يدل على جواز ذلك قال رحمه الله ﴿واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو﴾ يعني لا يجوز ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب ابن آدم حرام إلا ثلاثا ملاعبة الرجل أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته لقوسه وأباح الشافعي الشطرنج من غير قمار ولا إخلال بالواجبات لأنه يذكي الأفهام والحجة عليه ما رويناه والأحاديث الواردة في ذلك هي كثيرة شهيرة فعن كساد [illegible] كرها لشهرتها وفي المحيط ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر لأنها لعب اليهود ويكره استماع صوت اللهو والضرب به والواجب على الإنسان أن يجتنب ما أمكن حتى لا يسمع ولا بأس بضرب الدف في العرس وسئل أبو يوسف عن الدف في غير العرس بأن تضرب المرأة في غير فسق للصبي قال لا بأس بذلك وفي الذخيرة لا بأس بالغناء في الأعياد وفي السراجية وقراءة الأشعار إذا لم يكن فيها ذكر الفسق والغلام لا يكره وفي الكافي مستأجر الدار إذا ظهر منه الفسق بأن يجمع الناس على شرب الخمر يمنع فإذا لم يمتنع يخرج ولم ير الإمام رحمه الله بالسلام عليهم بأسا ليشغلهم عما هو فيه وكره أبو يوسف السلام تحقيرا له اهـ رجل يدعوه الأمير فيسأله عن أشياء فيتكلم بما يوافق الحق بما فيه المنكر ولا ينبغي له أن يتكلم إلا بالحق إلا أن يخاف القتل أو إتلاف عضو وأن يأخذ ماله ولو مر على قوم وفيهم أهل الذمة أو كافر قال بعضهم يقول السلام على من اتبع الهدى والصحيح أنه يقول السلام عليكم وينوي المسلمين في قلبه وفي التتارخانية إذا استقبل المسلم أخاه فسلم عليه يخرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه وفي النوازل إذا أتى بيت غيره لا يدخل حتى يؤذن له فإن أذن له يدخل ويسلم عليه ورد السلام واجب واختلفوا في أيهما أفضل البادئ أو الراد والراد أكثر أجرا والأفضل أن يأتي بالواو بأن يقول وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته وفي فتاوى أهل السلام سنة على الراكب للراجل في طريق عام أو مفازة فإذا التقيا فأفضلهما الأسبق بالسلام فإذا التقى الرجل بالمرأة يبدأ الرجل بالسلام وإن بدأت فيرد عليها السلام إن كانت عجوزا فلسانه وإن كانت شابة فبالإشارة قال الفقيه أبو الليث إذا دخل الفقيه على غيره ولم يسلم ٧ الفتاوى العتابية يكره السلام بالسبابة والسنة أن يسلم عليهم بلفظ الجمع ولو كان المسلم عليه واحدا واختلفوا في السلام على الصبيان قال بعضهم لا يسلم وهو قول الحسن وقال بعضهم يسلم وهو الأفضل وبه أخذ الفقيه أبو الليث وإذا رد واحد من القوم السلام سقط عن الباقين وفي الصيرفية دخل على زوجته لا يسلم عليها بل هي تسلم عليه فإن لم يكن في البيت أحد فيقول السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ولو مر على المقابر يقول السلام عليكم أنتم لنا سلف ونحن لكم تبع اهـ وفي الخانية ويكره أن يسلم على من هو في الخلاء ولا يرد عليه السلام وكذا الآكل والقاري والمشتغل بالعلم وكذا في الحمام إن كان مكشوف العورة وقال البقالي إذا دخل لآخر فرئي ولا ما في السلام يجب عليه أن يفعل تشميت العاطس إذا كان خارج الصلاة السنة في حق العاطس أن يقول الحمد لله رب العالمين أو على كل حال ولمن حضر أن يقول يرحمك الله فيرد عليه

العاطس فيقول يغفر الله لك أو يهديك وإذا عطست المرأة فلا بأس بتشميتها إلا أن تكون شابة وإذا عطس الرجل وشمتته المرأة فإن كانت عجوزا رد عليها وإن كانت شابة يرد في قلبه والجواب في هذا كالجواب في السلام قال رحمه الله ﴿وجعل الراية في عنق العبد﴾ أي لا يجوز ذلك قال الشارح وصورته أن يعمل في عنقه طوقا من حديد عظيما يمنعه أن يحول رأسه وهو معتاد بين الظلمة وهو حرام لأنه عقوبة الكفار فيحرم كالإحراق بالنار وقال عليه الصلاة والسلام كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار اهـ قال في العيون رجل اغتاب أهل قرية لم تكن غيبة حتى يسمي قوما بأعيانهم وفي فتاوى أهل سمرقند ذكر مساوي أخيه المسلم على وجه الاهتمام به ليس بغيبة إنما الغيبة على وجه التنقص يكون غيبة وإذا كان الرجل يصلي ويؤذي الناس بيده ولسانه لا غيبة في ذكر ما فيه وإذا أعلم السلطان ليزجره فلا إثم عليه واختلف أصحابنا في معنى قوله صلى الله عليه وسلم لا حسد إلا في اثنتين رجل آتاه الله مالا فهو ينفقه في طاعة الله ورجل آتاه الله علما فهو يعلم الناس ويقضي به قال شيخ الإسلام ظاهر الحديث إباحة الحسد في هذين الأمرين لأنه استثناء من المحرم فيكون مباحا وقال غيره الحسد حرام في هذين كما هو حرام في غيرهما وإنما معنى الحديث لو كان الحسد جائزا لجاز في هذين الأمرين ومعنى الحسد المذموم أن يرى على غيره نعمة فيتمنى زوال تلك النعمة عن ذلك الغير وعن ذلك لنفسه أما لو تمنى لنفسه مثلها لا يكون حسدا بل يسمى غبطة اهـ وفي النهاية الراية علامة أنه آبق ولا بأس به في زماننا لغلبة الإباق خصوصا في الهنود كان في زمانهم مكروها لقلة الإباق اهـ وفي السراجية ويكره أن يجعل بعنقه ولو كان الرجل يقوم وينزع المظالم من الإمام بالعدل والإنصاف كان مأجورا وإن خاف الرجل على نفسه لا بأس به قال رحمه الله ﴿وحل قيده﴾ يعني جاز قيد العبد احترازا من الإباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق قال رحمه الله ﴿والحقنة﴾ يعني تجوز التداوي وجاز أن ينظر إلى ذلك الموضع للضرورة لقوله صلى الله عليه وسلم لكل داء دواء وإذا أصيب دواء الداء برئ بإذن الله تعالى رواه مسلم وأحمد وقال عليه الصلاة والسلام لكل داء دواء إلا الهرم فإنه لا دواء له رواه الترمذي وصححه ومن الناس من كره التداوي لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يدخل من أمتي سبعون ألفا الجنة بغير حساب وهم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون رواه البخاري ولنا ما قدمنا من الأحاديث ولا جناح على من تداوى إذا كان يعتقد أن الشافي هو الله تعالى وما ورد من النهي عن الدواء إذا كان يعتقد أن الشفاء من الدواء وهو محل الكراهة قال الشارح ونحن نقول لا يجوز مثل هذا التداوي ولا فرق بين الرجل والمرأة وإنما يجوز التداوي بالأشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس كالخمر وغيره كما قدمنا والتداوي لا يمنع التوكل ولا بأس بالرقيا لأنه عليه الصلاة والسلام كان يفعله وما روي من النهي كان محمولا على رقى الجاهلية لأنهم كانوا يرقون بألفاظ كفر وما رواه ابن مسعود أنه عليه الصلاة والسلام قال الرقى والتمائم والتولة شرك محمول على ما ذكرنا قال الأصمعي التولة ضرب من السحر يحبب المرأة إلى زوجها وعن عائشة رضي الله تعالى عنها كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا مرض أحد من أهله نفث عليه بالمعوذتين فلما مرض صلى الله عليه وسلم المرض الذي مات فيه جعلت أنفث عليه وأمسح بيده لأنه أبرك من يدي قال رحمه الله ﴿ورزق القاضي﴾ يعني وحل رزق القاضي من بيت المال لأن بيت المال أعد لمصالح المسلمين ورزق القاضي منهم لأنه حبس نفسه لنفع المسلمين وفرض النبي صلى الله عليه وسلم لعلي لما بعثه إلى اليمن وكذا الخلفاء من بعده هذا إذا كان بيت المال جمع من حل فإن جمع من حرام وباطل لم يحل لأنه مال الغير يجب رده على أربابه ثم إذا كان القاضي محتاجا فله أن يأخذ ليتوصل إلى إقامة حقوق المسلمين لأنه لو اشتغل بالكسب لما تفرغ لذلك وإن كان غنيا فله أن يأخذ أيضا وهو الأصح لما ذكرنا من العلة ونظرا لمن يأتي بعده من المحتاجين ولأن رزق القاضي إذا قطع في زمان يتعذر على الولاة بعد ذلك أن يتولى بعده هذا المال أعطوه من غير شرط فلو أعطاه بالشرط كان معاقدة وإجارة لا يحل أخذه لأن القضاء طاعة فلا يجوز أخذ الأجر عليه كسائر الطاعات اهـ ولقائل أن يقول يجوز أخذ الأجرة عليه كما قالوا الفتوى على جواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن وغيره كما تقدم في كتاب الإجارة ولا يقال هذا مكرر مع قول المؤلف وكفاية القضاة في باب الجزية لأنا نقول ذلك باعتبار ما يجوز للإمام دفعه وهذا باعتبار ما يجوز للقاضي تناوله فلا تكرار قال الشارح وتسميته رزقا يدل على أنه يأخذ بقدر كفايته وعياله وليس له أن يأخذ أزيد من ذلك وقد جرى الرسم بالإعطاء في أول السنة لأن الخراج كان يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا يؤخذ الخراج في آخر السنة والمأخوذ من السنة الماضية في الصحيح وعليه الفتوى ولو أخذ الرزق في أول السنة ثم عزل قبل مضي السنة رد ما بقي من السنة

وقيل هو على الخلاف في الزوجة على ما بينا اهـ قال رحمه الله ﴿وسفر الامة وأم الولد بلا محرم﴾ يعني يجوز لهما السفر بغير محرم لان الامة بمنزلة المحرم لسائر الرجال فيما يرجع الى النظر والمس على ما بينا وأم الولد والمكاتبة والمدبرة كالامة لقيام الرق فيهن وكذا معتقة البعض عند الامام لانها كالمكاتبة عنده وفي الكافي قالوا هذا في زمانهم لغلبة أهل الصلاح أما في زماننا فلا يجوز لغلبة أهل الفساد ومثله في النهاية معزيا الى شيخ الاسلام اهـ قال رحمه الله ﴿وشراء ما لا بد للصغير منه وبيعه لأخ وعم وأم وملتقط لو في حجرهم﴾ يعني يجوز لهؤلاء الثلاثة أن يشتروا للصغير ويبيعوا ما لا بد منه وذلك مثل النفقة والكسوة لانه لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير وهو ممنوع وأصله أن التصرفات على الصغير على ثلاثة أقسام نفع محض فيملكه كل واحد هو في عياله وليا كان أو أجنبيا كالهبة والصدقة ويملكه الصبي بنفسه اذا كان مميزا ونوع هو ضرر محض كالعتاق والطلاق ولا يملكه عليه أحد ونوع متردد بين النفع والضرر مثل البيع والاجارة للاسترباح ولا يملكه الا الاب والجد ووصيهما سواء كان الصغير في أيديهم أو لم يكن لانهم يتصرفون عليه بحكم الولاية هكذا في الكافي واستئجار الظئر من النوع الاول وفيه نوع رابع وهو الانكاح فيجوز لكل عصبة ولذوي الارحام عند عدم العصبات وقد تقدم بيان ذلك في كتاب النكاح قال في الهداية وانما يجوز للملتقط أن يقبض الهبة للصغير اذا كان لا أب له قال في النهاية قوله لا أب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها جاز لزوجها أن يقبض الهبة لقيام ولايته عليها بالعول فثبت أن الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام وانما هو قيد اتفاقي وذلك أن نقول ان قول الكل ليس بصحيح اذ الثابت في كتاب الهبة انما هو ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها اذا كانت عنده يعولها مع وجود الاب ذلك له لا أن عدم الاب ليس بلازم مطلقا وما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة والصدقة لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة الذي فوض له الاب أمرها وبين غيره فلا يملكون ذلك الا بعد موت الاب وقال بعض المتأخرين المراد بقول صاحب الهداية لا أب له يعني أبا معروفا وان كان له أب في قيد الحياة فالحق عندي أن قوله لا أب له قيد احترازي عن اللقيط اذا كان له أب حاضر لا يجوز للملتقط أن يقبض الهبة للصغير اهـ قال رحمه الله ﴿ويؤجره أمه فقط﴾ معناه أن الصغير لا يؤجره أحد من هؤلاء الثلاثة الا الام فانها تؤجره اذا كان في حجرها ولا يملكه هؤلاء وهي رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري يجوز أن يؤجره الملتقط ويسلمه في صناعة فجعله من النوع الاول وهذا أقرب ولو أجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لانه نفع محض بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور اذا أجر نفسه وقد ذكرناه من قبل فان كان الصغير في يد العم فأجرته أمه يجوز لانه من الحفظ وهو قول أبي يوسف وقال محمد لا يجوز اهـ والله تعالى أعلم

﴿كتاب احياء الموات﴾

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن يكون من حيث ان هذا الكتاب مشتمل على ما يكره وما لا يكره ويكفي فيها أدنى المناسبة والكلام هنا في وجوه الاول في معناه لغة والثاني في معناه شرعا والثالث في شرطه والرابع في سببه والخامس في دليله والسادس في حكمه أما دليله فقوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهي له وأما معناه لغة قال في الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات أيضا الارض التي لا مالك لها من الآدميين وفي القاموس الموات كغراب وسحاب ما لا روح فيه والارض لا مالك لها من الآدميين اهـ وشرعا ما سيأتي في عبارة المؤلف وسبب المشروعية تعلق البقاء المقدر على الوجه الاكمل وشرطه سيأتي في حكمه ملك المحيي ما أحياه قال رحمه الله ﴿هي أرض تعذر زراعتها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر﴾ فقوله هي أرض بمنزلة الجنس يشمل ما تعذر وغيره وقوله تعذر أخرج غيره ولا يكون مواتا وقوله لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها بيان لسبب التعذر وقوله غير مملوكة أخرج ما كان كذلك وهو مملوك فلا يكون مواتا وقوله بعيدة عن العامر أخرج القريبة فلا تكون مواتا قال الشارح وهذا تفسير لموات الارض وانما سميت مواتا اذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها بالميت قال الشارح وأما تفسير الاحياء فظاهر قال في العناية والاحياء شرعا أن يكرب الارض ويسقيها فان كربها ولم يسقها أو سقاها ولم يكربها فليس باحياء وفي الكافي لو فعل أحدهما يكون احياء وعن أبي يوسف الاحياء البناء والغراس أو الكرب أو السقي وعن محمد الكرب الاحياء وفي العناية عن محمد الكرب ليس باحياء الا ان يبذرها وعن شمس الائمة الاحياء ان يجعلها صالحة للزراعة وفي الخانية لو بنى في بعض أرض الموات أو زرع فيها كان ذلك احياء لذلك البعض دون غيره

إلا أن يكون ما عمر أكثر من النصف في قول أبي يوسف وقال محمد إذا كان الموات في وسط الإحياء يكون إحياء للكل اهـ
والإحياء لغة الإماتة سواء كان بعمل فاعل من شراء وغير ذلك لا يقال لما إذا عرف المؤلف الموات دون الإحياء والمناسب أن
يعرفهما معا لأنا نقول أراد بيان الأكمل واعتبار ذلك تعريف الإحياء قال الشارح لأنه ظاهر وقوله غير مملوكة يعني في دار الإسلام
لأن الميت على الإطلاق ينصرف إلى الكامل وكماله بأن لا يكون مملوكا لأحد لأنها إذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي كان ملكه باقيا
لعدم ما يزيله فلا تكون مواتا فإذا عرف المالك دفعت له وإن لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الإمام كما يتصرف في اللقطة
ولو ظهر لها مالك بعد ذلك أخذها وضمن من زرعها إن نقصت بالزراعة والأولى عطف عليه وقول القدوري فما كان منها عاديا مراده
بالعادي ما قدم خرابه كأنه منسوب إلى عاد لخراب عهدهم وجعل المملوك في دار الإسلام إذا لم يعرف له مالك من الموات لأن حكمه
كالموات لأنه لا يعرف له مالك بعينه وليس هو مواتا حقيقة على ما بينا وقوله بعيدة عن العامر هو قول أبي يوسف والبعيدة أن
يكون بحيث لو وقف إنسان في أقصى العامر وصاح بأعلى صوته لم يسمع منه فهو موات وإن كان يسمع فليس بموات لأن أهل
العامر يحتاجون إليه لرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فلم يكن انتفاعهم به منقطعا وعند محمد يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز
إحياء ما ينتفع به أهل القرية وإن كان بعيدا ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريبا وشمس الأئمة اعتمد قول أبي يوسف
وفي التتارخانية إذا عرف أنها كانت مملوكة في الأول ولم يعرف مالكها الآن قال القاضي أبو علي السغدي عن أستاذه الحكم أنه
يجوز للإمام أن يدفعها إلى رجل ويأذن له في الإحياء فيصير لمن أحياها وفي نوادر هشام إذا كان بها آثار عمارة من بناء وبئر
ولا يعرف مالكها الآن لا يسع لأحد أن يحييها أو يملكها أو يأخذ منها ترابا وفي رسالة أبي يوسف لهارون الرشيد هي لمن أحياها
وليس للإمام أن يخرجها من يده وعليه فيها الخراج وروى هشام عن محمد في الكوم والخربة والأماكن الخربة إذا رفع الرجل
منها التراب وألقاه في أرضه قال إذا كان القصور والخراب يعرف أنه من بناء قبل الإسلام فهي بمنزلة الموات لا بأس بذلك وإن
خربت بعد الإسلام وكان لها أرباب لكن لا يعرفون لا يسع لأحد أن يأخذ منها شيئا لأنها بمنزلة دورهم اهـ قال رحمه الله ﴿ومن
أحياها بإذن الإمام ملكها﴾ وهذا قول الإمام وقالا يملك من أحيا ولا يشترط فيه إذن الإمام لقوله صلى الله عليه وسلم من أحيا
أرضا ليست لأحد فهو أحق بها رواه البخاري ومسلم ولأنه مباح سبقت إليه يده كالاحتطاب والاصطياد وللإمام قوله صلى الله
عليه وسلم ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه فإن قلت إن اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئا من الأملاك بغير إذن
الإمام مع أن الظاهر خلافه كالبيع وغيره قلت عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه إلى رأي الإمام وما نحن فيه من ذلك
فإن قلت كون ما نحن فيه يحتاج إلى إذن الإمام هو أول المسألة فيلزم المصادرة ولأن هذه الأراضي كانت في أيدي الكفار
فصارت في أيدي المسلمين فكانت فيئا ولا يختص أحد بالفيء بدون إذن الإمام كالغنائم بخلاف المستشهد به فلم يكن فيئا وإذا
أحياها فهي له خراجية أو عشرية فهي على ما بينا في السير وبينا الخلاف فيه قال في الهداية ملكها خراجية أو عشرية قال
والواجب فيها العشر لأن ابتداء وظيفة المسلم بالخراج إلا إذا استقاها بماء الخراجي لأنه حينئذ يكون فيها الخراج على اختلاف
الماء ولو تركها بعد الإحياء وزرعها غيره قيل الثاني أحق بها لأن الأول ملك استغلالها دون رقبتها والأصح أن الأول أحق بها
لأنه ملك رقبتها بالإحياء فلا يخرج عن ملكه بالترك ولو أحيا أرضا مواتا ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة أربعة نفر على
التعاقب تعين طريق الأول في الأرض الرابعة في المروي عن محمد لأنه لما أحيا الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراق
وفي الظهيرية فإن جاء أربعة معا ولم يتقدم أحدهم وأحيا كل واحد منهم جانبا وأحاطوا بالأربعة جوانب معا فله أن يستطرق
من أي أرض شاء إذا كانوا أحيوا جوانب الأربعة معا هكذا قال والدي اهـ ويملك الذمي بالإحياء كالمسلم لأنهما لا يختلفان
في سبب الملك قال تاج الشريعة فإن قلت ما رواه عام خص منه الحطب والحشيش وما رويناه لم يخص فيكون العمل به أولى
قلت ما ذكرنا بيان أنه لا يجوز الافتيات على رأي الإمام والحشيش والحطب لا يحتاج فيهما إلى رأي الإمام فلم يتناولهما
عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والأرض مما يحتاج فيها إلى رأي الإمام لأنها صارت من الغنيمة ثم إلحاق الخيل وإيضاع الركاب
كسائر الأموال فكان ما قلنا أولى وفي الخانية في كتاب الزكاة ذكر الطحاوي أن القاضي في ولايته بمنزلة الإمام في ذلك اهـ قال رحمه الله
﴿وإن حجر لا﴾ يعني وإن حجر الأرض لا يملكها به واختلف في كون التحجير يفيد التمليك فمنهم من قال يفيد ملكا مؤقتا

الى ثلاث سنين ومنهم من قال لا يفيد ملكا وهو مختار المصنف وهو الصحيح وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر فأحياها قبل مضى ثلاث سنين وأحياها فانه يملكها على الثانى ولا يملكها على الاول وجه الاول قول عمر رضى الله تعالى عنه ليس للمحتجر حق بعد ثلاث سنين فى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق فى ثلاث سنين وجه الثانى ان الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير للاعلام مشتق من الحجر وهو المنع بوضع حجر أو بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك أو باحراق ما فيها من الشوك وكل ذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو أولى بها ولا تؤخذ الا بعد مضى ثلاث سنين فاذا لم يعمرها أخذها منه ودفعها الى غيره لانه انما كان دفعها اليه ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين بالعشر أو الخراج فاذا لم يحصل المقصود ولا فائدة فى تركها فى يده بطريق الاستقباح وهو سائب السبيل وحفر المعدن فى هذا الحكم فان قلت اذا كان الدفع لاجل العشر أو الخراج فيقتضى هذا الدليل ان للامام ان يأخذها ويدفعها الى غيره بعد الاحياء أيضا اذا كان لم يزرعها تحصيلا للمنفعة للمسلمين بالعشر أو الخراج قلنا قد ملكها بالاحياء دون التحجير والامام لا يملك ان يدفع مملوك أحد الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير المملوك اليه لذلك فاوثر قال فى المحيط اذا حفر فيها بئرا أو ساق اليها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع ولو حفر فيها أنهارا لم يكن احياء الا أن يجرى فيها ولو حفر فيها ولم يأت الماء لم يكن احياء ويكون تحجيرا اه قناة بين رجلين أخذ أحدهما أرضا ميتة ليس له أن يسقيها من القناة أو يجعل شربه منها لان هذه الارض ليس فيها حق فى هذا الشرب فليس له ذلك بغير اذن شريكه فاذا حفر رجلان معا بئرا فى أرض موات على أن يكون البئر لاحدهما والحريم للآخر لم يجز للاصطلاح على غير موجب الشرع فان الشرع جعل الحريم تبعا للبئر ليتمكن صاحب البئر من الانتفاع وكان الحريم لمالك البئر فان كان البئر لواحد فالحريم له وان كان البئر بينهما فالحريم بينهما ولو شرطا على أن يكون البئر لواحد والحريم له وان كان البئر بينهما على أن ينفق أحدهما أكثر ولا يرجع به فالشرط باطل ويرجع بالزائد لان الشركة تقتضى المساواة فى الأصل والمنفعة وفى الغياثية لو أقطع الامام رجلا أرضا فتركها ثلاث سنين لا يعمر فيها بطل الانتفاع اه قال رحمه الله ﴿ولا يجوز احياء ما قرب من العامر﴾ لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا عند محمد أو تقديرا عند أبى يوسف على ما تقدم فصار كالنهر والطريق ولهذا قالوا لا يملك الامام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار يستقى منها الناس اه قال رحمه الله ﴿ومن حفر بئرا فى موات فله حريمها أربعون ذراعا من كل جانب﴾ لقوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته ولان حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر الا بما حولها ولو غرس شجرا فى أرض الموات هل يستحق لها حريم لم يذكره محمد فى الاصل وقال مشايخنا لها حريم بقدر خمسة أذرع حتى لم يكن لغيره أن يغرس فيها شجرة وللاول منعه وقدر الشارع حريم البئر بأربعين ذراعا ثم قيل الاربعون من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة أذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح ان المراد أربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر آخر بئرا تحتها فيتحول ماء الاولى الى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب فيتقدر بأربعين كيلا يتعطل عليه المصالح ولا فرق فى ذلك بين أن تكون البئر للعطن أو للناضح عند أبى حنيفة وعندهما ان كان للعطن فأربعون ذراعا وان كان للناضح فحريمها ستون ذراعا لقوله صلى الله عليه وسلم حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بئر الناضح أكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير وقد يطول الرشاء فى بئر العطن يستقى بيده ولا بد من التفاوت بينهما وله ما رويناه من غير فصل وهو أصل العام المتفق على قبوله والعمل به يرجح على الخاص المختلف فى قبوله والعمل به وبهذا رجح قوله عليه الصلاة والسلام ما أخرجته الارض ففيه العشر على قوله وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة لا يقال المراد بذكر العطن سافية عنها للمناسبة لانا نقول ذكر العطن فيه للتغليب لا للتقييد ولانه يستقى من بئر العطن بالناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ولانه يمكن أن يدير البعير حول البئر ولا يحتاج الى الزيادة والتقدير بالاربعين قول الامام وعندهما يقدر بستين ذراعا وبه يفتى وفى الينابيع ومن احتاج الى أكثر من ذلك يزاد عليه اه قال رحمه الله ﴿وحريم العين خمسمائة ذراع﴾ لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة ولا بد من موضع يستقر فيه الماء ومن موضع يجرى فيه الى الزراعة وقدر الشارع بخمسمائة ولا مدخل للرأى فى المقادير ثم قيل الخمسمائة من الجوانب الأربعة من كل جانب مائة وخمسون ذراعا والأصح ان الخمسمائة ذراع من كل جانب والذراع هو المكسر وهو ست قبضات وكان ذراع

للآبار قيمة فيكون كسرها قيمة وفي الكافي قيل إن التقدير في البئر والعين بما ذكر للصلابة في أراضيهم فيزاد على ذلك
لرخاوة الأرض كي لا يتحول الماء إلى الثانية فيتعطل الأول قال رحمه الله ﴿ومن حفر في حريمها منع منه﴾ لأنه صار ملكا لصاحب
البئر ضرورة تمكنه من الانتفاع فكان الحافر متعديا بالحفر في ملك غيره فإذا حفر كان للأول أن يمنعه لما ذكرنا والحفر ليس بقيد
فلو بنى الثاني في حريم الأول كان له أن يمنعه ولو أراد الأول أن يأخذ الثاني بحفره كان له ذلك لأنه أتلف ملكه بالحفر ثم
اختلفوا فيما يؤاخذ به قيل يكبسه لأنه أزال تعديه كما لو وضع شيئا في ملك غيره وقيل يضمنه النقصان ثم يكبس الأول بنفسه
كما إذا هدم جدار غيره كان لصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببنائه هذا اختيار الخصاف وهو الصحيح وفي العناية طريق معرفة النقصان أن يقوم
الأول قبل حفر الثاني وبعده فيضمن نقصان ما بينهما وما عطب في البئر الأول فلا ضمان عليه لأنه غير متعد في حفره أما إذا كان
بإذن الإمام فظاهر وكذا إذا كان بغير إذنه عندهما وأما عنده فيجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير إذن الإمام وإن لم يثبت له الملك
إلا بإذنه وما عطب في الثانية فهو مضمون على الثاني لأنه متعد في حفره في ملك غيره ولو حفر الثاني بئرا وراء منتهى حريم الأول بإذن
الإمام فذهب ماء البئر الأول وتحول إلى الثانية فلا شيء عليه لأنه غير متعد في ذلك والماء الذي تحت الأرض غير مملوك لأحد ولا يكون
لها مخاصمة كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره فكسد الأول بسببه وللثاني في الحريم من الجوانب الثلاثة دون الأول لسبق
ملك الأول فيه قال رحمه الله ﴿وللقناة حريم بقدر ما يصلحه﴾ والقناة مجرى الماء تحت الأرض ولم يقدر حريمه بشيء يمكن ضبطه
وعن محمد هو بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هذا قولهما وعند الإمام لا حريم له ما لم يظهر على وجه الأرض لأنه نهر في الحقيقة
فيعتبر بالنهر ولو أحدث ظهور الماء بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع اهـ قال رحمه الله ﴿وما عدل عنه الفرات
ولم يحتمل عوده إليه فهو موات﴾ لأنه ليس في ملك أحد وجاز إحياؤه إذا لم يكن حريما لعامر قال رحمه الله ﴿وإن احتمل عوده
إليه لا﴾ يعني لا يكون مواتا لتعلق حق العامة فيه على تقدير رجوع الماء إليه لأن الماء حقهم لحاجتهم إليه اهـ قال رحمه الله
﴿ولا حريم لنهر﴾ وهذا قول الإمام وقالا له حريم من الجانبين لأن استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج إليه
كصاحب البئر والعين لأنه يحتاج إلى المشي على حافتي النهر ليجري الماء إذا احتبس بشيء وقع فيه إذ لا يمكنه المشي في وسط الماء وكذا
يحتاج إلى موضع يلقي عليه الطين عند الكري وفي الكبرى والفتوى على قول أبي يوسف وهذا إذا حفر النهر في أرض الموات
وفي الكافي ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند الإمام إلا أن يقيم البينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي
عليها طينه وفي السراجية قال حسام الدين والصحيح أنه يستحق الحريم وفي الفتاوى نهران بين قريتين وقع الاختلاف في
حريمهما فما كان مشغولا بتراب أحد النهرين فهو في أيدي أهل ذلك النهر والقول في ذلك القدر لهم ولا يصدق الآخرون إلا ببينة
وما كان بين النهرين ولم يكن مشغولا بتراب أحدهما فهو بين أهل القريتين إلا أن يقيم أحدهما البينة أنه له خاصة قال الشارح
دليل الإمام أن استحقاق الحريم في البئر والعين ثبت نصا بخلاف القياس ولا يلحق بهما ما ليس في معناهما ألا ترى أن من بنى
قصرا في الصحراء لا يستحق حريما وإن كان يحتاج إليه لإلقاء الكناسة لأنه يمكن الانتفاع بالقصر دون الحريم وفي الجامع الصغير
نهر لرجل إلى جنبه مسناة وأرض لآخر والمسناة في يد أحدهما فإن لم يكن لأحدهما غرس ولا طين ملقى فادعى صاحب الأرض المسناة
وادعاها صاحب النهر أيضا فهي لصاحب الأرض عند الإمام وقالا هي لصاحب النهر حريما لملقى عليه طينه وغير ذلك ثم قيل ينكشف بهذا
المعنى موضع الخلاف وهو أن يكون الحريم موازيا للأرض لا فاصل بينهما وأن لا يكون الحريم مشغولا بحق أحدهما معينا معلوما
وإن كان فيه أشجار ولا يدري من غرسها فهو على الخلاف أيضا وكذا إلقاء الطين على الخلاف والصحيح أنه لصاحب النهر
ما لم يفحش ثم إذا كان الحريم لأحدهما فهو ما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه وإلقاء الطين
ونحو ذلك مما جرت به العادة ولا يغرس فيه إلا المالك لأنه لا يبطل حقه قال الفقيه أبو جعفر أخذ بقوله في الغرس وبقولهما
في إلقاء الطين ثم عند أبي يوسف حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الخاري وعند محمد مقدار بطن النهر من كل
جانب وهو اختيار الكرخي وذكر في كشف الغوامض أن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في نهر كبير لا يحتاج فيه إلى الكري
في كل حين أما الأنهار الصغار يحتاج فيه إلى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق اهـ
﴿مسائل الشرب﴾ لما فرغ من ذكر إحياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لأن إحياء الموات يحتاج إليه وقدم فصل

الماء على غيره لأن المقصود هو الماء لا سيما إلا إذا كان الشرب مما يحتاج إليه لإحياء الموات كان الأولى تقديم مسائل الشرب على مسائل إحياء الموات فأما الإصابة وكثرة فروعه فيستحق التقديم على الشرب قال في النهاية يحتاج إلى معرفة مشروعيته وحق الشرب وتفسيره لغة وشرعا وركنه وشرطه وحكمه أما مشروعيته فلقوله صلى الله عليه وسلم إذا بلغ الوادي الكعبين لم يكن لأهل الأعلى أن يحبسوه عن أهل الأسفل وأما تفسيره لغة فهو عبارة عن النصيب من الماء لقوله تعالى لكل شرب محتضر أراد بالشرب النصيب من الماء ولقوله تعالى لها شرب أي نصيب وفي الشرع النصيب من الماء للأراضي لا لغيرها وأما ركنه فهو الماء لأن الشرب يقوم به وأما شرطه فأن يكون حظا من الشرب وأما حكمه فالإرواء لأن حكم الشيء ما يثبت لأجله وإنما يشرب الأرض لتروى اهـ قال رحمه الله ﴿هو نصيب الماء﴾ قال الشارح أي الشرب بالكسر هو النصيب والماء والصواب هو النصيب من الماء ولك أن تقول ما ذكره المؤلف المعنى اللغوي ويؤيده لم يذكر في المتون قال رحمه الله ﴿ولكل أنهارا عظاما كدجلة والفرات غير مملوكة ولكل أن يسقي أرضه ويتوضأ به ويشرب ويسقي دوابه ويكري نهرا منها إلى أرضه إن لم يضر بالعامة﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث في الماء والنار والكلأ ولأن هذه الأنهار ليس لأحد فيها يد على الخصوص لأن قهر الماء يمنع قهر غيره ولا يكون محرزا إلا بالإحراز فلم يكن مملوكا كان مشتركا والمراد بالماء في الحديث ما ليس بمحرز فإن المحرز في مملكه خرج عن كونه مباحا كالصيد إذا أحرزه لا يجوز لأحد أن ينتفع بالإباحة بشرط جواز الانتفاع أن لا يضر بالعامة فإن كان يضر بالعامة ليس له ذلك كري ونصب الرحى لأن الانتفاع بالمباح لا يجوز إلا إذا كان لا يضر بالعامة كالشمس والقمر والهواء والمراد بالكلأ الحشيش الذي ينبت بنفسه من غير أن يسقيه أحد ومن غير أن يزرعه وينبته فيملكه من قطعه وأحرزه وإن كان في أرض غيره والمراد بالنار الاستضاءة بضوئها والاصطلاء بها إذا أوقدها في صحراء فليس لأحد أن يمنع من ذلك إذا كان في الصحراء بخلاف ما لو أراد أن يأخذ جمره لأنه ملكه ويتضرر بذلك فيكون له منعه كما تقدم كذا قال رحمه الله ﴿وفي الأنهار المملوكة والآبار والحياض لكل شربه وسقي دوابه لا أرضه وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقر منع﴾ وإنما كان له حق الشرب وسقي الدواب لما روينا ولأن الأنهار والآبار والحياض لم توضع للإحراز والمباح لا يملك إلا بالإحراز ولكن المسافر لا يمكنه أن يأخذ ما يوصله إلى مقصده ويحتاج أن يأخذ ما يشربه مما ذكرنا وإخراجه لنفسه ودوابه وصاحبه فلو منع من ذلك لحقه ضرر عظيم وهو مدفوع شرعا بخلاف سقي الأراضي حيث يمنع وإن لم يكن فيه ضرر لأن في إباحة ذلك إبطال حق صاحب النهر إذ الأنهار لذلك قصدت فيذهب منفعة صاحب الأنهار فيلحقه بذلك ضرر بخلاف سقي الدواب لأن مثله لا يلحقه ضرر حتى لو تحقق فيه الضرر منع وهو المراد بقوله وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقر ولأن الحق لصاحبه على الخصوص وإنما أبحنا ما ذكرناه للضرورة ولا معنى لإباحته على وجه يضر بصاحبه قال في الهداية يلحقه الشرب وإن شربوا الماء كله اهـ وفي المحيط ولو أراد صاحب الأرض أن يعرف بالجرة فلصاحب البئر أن يمنعه من الدخول وإن احتاج فيقال لصاحب الملك إما أن تعطيه الماء وإما أن تمكنه من الدخول بشرط أن لا يكسرها أو البئر وهذا إذا كان في أرض مملوكة فأما إذا احتفر في أرض موات لم يكن لصاحب البئر منعه من الدخول إذا كان لا يكسر ضفتي البئر لأن الأرض كانت مشتركة بين الناس كلهم فإذا أحياها إنسان لم ينقطع الشركة في الدخول لأهل الشفعة ويجوز أن يكون رقبة الشيء لإنسان وللآخر فيه حق الدخول اهـ وفيه أيضا رجل له ماء يجري إلى مزرعته فجاء رجل وسقى دوابه من ذلك الماء كان لصاحب النهر أن يمنعه قال ليس له ذلك اهـ قال رحمه الله ﴿والمحرز في الكوز والحب لا ينتفع به إلا بإذن صاحبه﴾ لأنه ملكه بالإحراز فكان أحق به كالصيد إذا أخذه لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا فيعمل فيما يسقط بالشبهة ولو سرق الماء في موضع يعز فيه الماء وهو يساوي نصابا لا يقطع والغرض عامة بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في شيء من الأشياء كلها لأن قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا أورث الشبهة بهذا الطريق وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا ولا يلزم من العمل به إبطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا فإن العمل به على الإطلاق يبطل العمل بقوله تعالى والزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصوصات كما في النهاية واعترض بأنه وإن لم يلزم من العمل بالحديث إبطال الكتاب لكن يلزم به إبطال دليل شرعي آخر لأنكم حكمتم بأن الماء المحرز في الأواني يصير مملوكا بالإحراز ويقطع حق الغير عنه وهو حكم شرعي لا بد له من دليل شرعي

لأنه لو عملنا بالحديث المذكور في الاطلاق لزم ابطال ما ثبت بالدليل الشرعي فدل على أن المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الأواني ملك خصوص لمحرزه ولو كان البئر أو الحوض أو النهر في ملك رجل فله أن يمنع من يريد الشفعة من الدخول وقد قدمناه عن المحيط بتفصيله وحكم الكلأ كحكم الماء على التفصيل المتقدم ولو منع رب النهر من يريد الماء وهو يخاف على نفسه أو على دابته العطش فله أن يقاتله بالسلاح لا بغيره ولأنه قصد اتلافه وإن كان الماء محرزا في الأواني فليس للذي يخاف العطش أن يقاتله بالسلاح وله أن يقاتله بغير السلاح إذا كان فيه فضل عن صاحبه فصار نظير الطعام حالة المخمصة وفي البئر ونحوه والأولى أن يقاتله بغير السلاح لأنه ارتكب معصية فصار بمنزلة التعزير وهذا يشير إلى أن له أن يقاتله بالسلاح حيث جعل الأولى أن لا يقاتله به وأهل الشفعة إن كانوا يريدون الماء كله إن كان نهرا صغيرا وفيما يرد عليه من المواشي كثرة ينقطع الماء اختلفوا فيه قال بعضهم ليس له أن يمنعوا وأكثرهم على أن له أن يمنع لأنه يلحقه الضرر بذلك فصار كالشركة في الأرض وله أن يأخذ منه الماء للوضوء وغسل الثياب في الأصح وقيل يملأ الجرار من النهر ولو أراد أن يسقي شجرا أو خضرا في داره بحمل الماء إليه بالجرار كان له ذلك وقال بعض مشايخنا ليس له ذلك إلا باذن صاحب النهر والأول أصح لأن الناس يتوسعون في ذلك وليس له أن يسقي نخله وشجره وأرضه من نهر غيره إلا باذن صاحبه وله أن يمنع من ذلك والحاصل أن الماء في الأنهار العظام التي لا تدخل في ملك أحد والأنهار التي هي مملوكة وما صار في الأواني وقد ذكرنا حكم كل واحد منها قال رحمه الله ﴿وكري نهر غير مملوك من بيت المال﴾ لأن ذلك لمصلحة العامة وبيت المال معد لها قال في الهداية ويصرف ذلك من مؤنة الخراج والجزية دون العشر والصدقات لأن الثاني للفقراء والأول للنوائب قال رحمه الله ﴿فإن لم يكن فيه شيء يجبر الناس على كريه﴾ أي إذا لم يكن في بيت المال شيء أجبر الإمام الناس على كريه لأن الإمام نصب ناظرا وفي تركه ضرر عظيم على الناس وقلما يتفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه لما روي أن عمر قال في مثل هذا لو تركتم لبعتم أولادكم ثم يخرج للكري من كان يطيق الكري منهم ويجعل مؤنته على الأغنياء الذين لا يطيقون الكري بأنفسهم قال في الهداية ولو أراد أن يحصن النهر خوف الانبثاق وفيه ضرر عام يجبرهم على ذلك اهـ قال رحمه الله ﴿وكري ما هو مملوك على أهله ويجبر الآبي على كريه﴾ لأنه منفعة لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم ولأن الغرم بالغنم ومن أبى منهم يجبر وقيل إن كان بالأكثر والفاصل بين الخاص والعام أن ما تستحق به الشفعة خاص وما لا تستحق به الشفعة عام وبيان الفرق أنه إذا كان عاما يدفع ضرر عام فيجبر الآبي بخلاف الخاص وفي الضرر الخاص يمكن الدفع بأن يرفع الأمر إلى القاضي فيعمر ويرجع على الممتنع بحصته وبه أخذ الفقيه أبو جعفر وصار كزرع بين شريكين امتنع أحدهما من الانفاق فلصاحبه أن ينفق بأمر القاضي ويرجع عليه بما أنفق هكذا أطلقه كذا في المحيط بخلاف ما إذا كان نهرا لا يمكن الرجوع لكثرتهم فيجبر الممتنع ولا يسأل في كراء النهر الخاص احياء لحقوق أهل الشفعة فيكون في تركه ضرر عام لا يسوغ الاجبار لأجل أهل الشفعة ألا ترى أن أهل النهر لو امتنعوا عن كريه لا يجبرون في ظاهر الرواية لأنهم امتنعوا عن عمارة أراضيهم ولو كان حق أهل الشفعة معتبرا لأجبروا وفي اشارات جامعة معناه أن يسقوا بدوابهم الآتي من الشرب مقدار ما يبلغ قيمته ما أنفق قال رحمه الله ﴿ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل برئ﴾ وهذا عند الإمام وقالا المؤنة عليهم جميعا من أول النهر إلى آخره بالحصص لأن لكل واحد منهم حقا في الأسفل كما ينتفع بالأعلى لأنه يحتاج إلى تسييل الفاضل من الماء فإنه إذا سد عليه فاض الماء إلى أرضه فيفسد زرعه ولأن كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوله إلى أسفله وفي اجابته اليه وهي على قول الإمام واختلف المشايخ في الطريق الخاص إذا احتاج إلى الإصلاح قيل هو على هذا الاختلاف عند الإمام عليه المؤنة إلى أن يجاوز أرضه وعندهما من أوله إلى آخره قال المرغيناني ورأيت في بعض الكتب إذا انتهى إلى دار رجل يرفع عنه مؤنة الإصلاح بالإجماع فيحتاج إلى الفرق بين الطريق والنهر والفرق أن صاحب الدار لا يحتاج إلى الطريق فيما جاوز داره بوجه من الوجوه بخلاف صاحب الأرض وللإمام أن مؤنة الكري على من ينتفع به ويسقي منه أرضه فإذا جاوز أرضه برئ ولا يلزمه شيء من مؤنته ألا ترى أن من له حق تسييل الماء على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارته باعتبار تسييل الماء فيه ولأنه يمكنه من دفع الضرر عنه بسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى منه وزعم بعضهم أن الكري إذا انتهى إلى فوهة أرضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة والأصح أنه عليه مؤنة الكري إلى أن يجاوز حد أرضه

لأن له أن يأخذ الماء من أي موضع شاء من أرضه من أعلاها أو أسفلها قال رحمه الله ﴿ولا كرى على أهل الشفة﴾ لأنهم
لا يحصون قوله لا يحصون لأن أهل الدنيا كلهم لهم حق الشفة ومؤنة الكرى لا تجب على قوم لا يحصون ولأن المراد من
كرى الأنهار يكون لسقي الأراضي وأهل الشفة أتباع والمؤنة تجب على الأصول دون الأتباع ولهذا لا يستحقون به الشفعة قال
رحمه الله ﴿وتصح دعوى الشرب بغير أرض﴾ وهذا استحسان والقياس أن لا تصح لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعى
في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام ولأنه طلب من القاضي أن يقضي له بما يدعي به إذا ثبتت دعواه
بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بدون الأرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة كالخمر في حق المسلمين وجه الاستحسان
أن الشرب مرغوب فيه ويمكن أن يملكه بغير الأرض بالإرث والوصية وقد يبيع الأرض ويبقى الشرب وحده فإذا استولى
عليه رجل ظلما كان له أن يرفع يده عنه بإثبات حقه لنفسه ورجل له أرض ولآخر نهر يجري فيه فأراد رب الأرض أن يمنع
النهر أن يجري في أرضه لم يكن له ذلك ويترك على حاله لأن موضع النهر في يد رب النهر وعند الاختلاف القول قوله في أنه ملكه
فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له وأن مجراه في هذه الأرض يسوقه إلى أرض له ليسقيها فيقضي
له لإثباته بالحجة ملك الرقبة إذا كانت الدعوى فيه أو حق الإجراء إذا كانت لجري من غير دعوى الملك وعلى هذا المصب الماء
في نهر أو مجرى على سطح أو الميزاب أو المشي في داره فالحكم فيه كالشرب كما قدمنا قال رحمه الله ﴿نهر بين
قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم﴾ لأن المقصود بالشرب سقي الأرض والحاجة إلى ذلك تختلف بقلة
الأراضي وكثرتها والظاهر أن حق كل واحد بمقدار أرضه بخلاف الطريق إذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون في ملك
رقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لأن المقصود الاستطراق وذلك لا يختلف باختلاف الدار لا يقال استويا في
إثبات اليد على النهر وهو سبب الاستحقاق لأنا نقول الماء لا يمكن إثبات اليد عليه حقيقة ولا يمكن إحرازه وإنما ذلك
بالانتفاع به والظاهر أن الانتفاع متفاوت بتفاوت الأرض وبتفاوت الأجزاء في نفس الانتفاع فيكون كل واحد منهم مختصا
بذلك وليس لأحدهم أن يسكر النهر على الأسفل ولكن يشرب بحصته لأن في السكر إحداث شيء لم يكن في وسط النهر ورقبة
النهر مشتركة بينهم ولا يجوز لأحدهم أن يفعل ذلك بغير إذن الشركاء فإن تراضوا على أن الأعلى يسكر النهر حتى يشرب
بحصته واصطلحوا أن يسكر كل واحد في نوبته جاز لأن المانع حقهم وقد زال ذلك بتراضيهم ولكن إن أمكنهم أن يسكر
بلوح أو باب فليس له أن يسكر بطين وتراب لأنه يضر بالشركاء ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري إلى أرض كل واحد
منهم إلا بالسكر فإنه يبدأ بالأعلى حتى يروى ثم بالذي يليه كذلك وليس لأهل الأعلى أن يمنعوه من أهل الأسفل قال
رحمه الله ﴿وليس لأحدهم أن يشق نهرا أو ينصب عليه رحى أو دالية أو جسرا أو يوسع فم النهر أو يقسم بالأيام وقد وقعت
القسمة بالكوى أو يسوق نصيبه إلى أرض له ليس لها شرب منه إلا برضاهم﴾ لأن في شق النهر ونصب الرحى كسر ضفة
النهر المشترك وشغل المشترك بالبناء بغير إذن الشركاء لا يجوز إلا أن تكون الرحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض
صاحبها فيجوز لأنه متصرف في خالص ملكه ونصب الرحى لا ينقص الماء والمانع من فعل ذلك الإضرار بالشركاء
ولم يوجد وبعطفه والجسر اسم للموضع المشترك بغير إذن الشركاء ولا يجوز والدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الأرز
وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقى بها وقيل هي الدولاب والسانية التي يستقى عليها من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون
من الألواح ونحوه والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر والكوى ثقب الكوة والجمع كوى وإذا كان نهر خاص لرجل يأخذ
من نهر بين قوم فأراد أن يقطع منه أو يبنى من جانبه كان له ذلك لأنه يتصرف في خالص ملكه ويرفع بناءه وإن كان
يزيد في أخذ الماء كان للشركاء منعه وإنما لا يكون له أن يوسع فم النهر لأن فيه كسر ضفته ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء
وهذا ظاهر فيما إذا لم تكن القسمة بالكوى وكذا إن كانت بالكوى لأنه إذا وسع فم النهر يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل
في ملكه أكثر مما كان أولا وكذا إذا أراد أن يؤخر فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع من فم النهر لأنه يحبس الماء فيه ويزداد
دخول الماء فيه وليس له ذلك إلا بإذن الشركاء فإذا أراد أن يسفل كوة أو يرفعها من حيث العمق في مكانه بحيث يكون
ذلك في الصحيح لأن قسمة الماء في الأصل وقعت باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والارتفاع في العمق هو العادة

ولا يؤدي إلى تغييره ووضع القسمة ولا يمنع وإنما لم يكن له أن يقسم بالأيام بعدما وقعت القسمة بالكوى لأن القديم يترك على حاله لظهور أن الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص لم يكن لواحد منهم أن يزيد كوة وإن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة بخلاف ما إذا كان الكوى في النهر الأعظم لأن لكل واحد منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى بطريق الأولى وإنما لم يكن له أن يسوق شربه إلى أرض أخرى ليس لها فيه شرب لأنه إذا فعل ذلك يخشى أن يدعي حق الشرب لها من هذا النهر مع الأولى إذا تقادم العهد ويستدل على ذلك بالجري وإجراء الماء فيه إليها وكذا لو أراد أن يسوق شربه إلى الأرض الأولى حتى ينتهي إلى الأخرى لأنه يستوفي زيادة على حقه إذ الأرض الأولى تشرب الماء قبل أن تسقي الأخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار مفتحها في هذا الطريق بخلاف ما إذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لأن المارة لا تزداد وله حق المرور ويتصرف في خالص ملكه وهو الجدار بالرفع ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوة بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه لكيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الإضرار بالآخر وكذا إذا أرادا أن يقسم النهر مناصفة لأن القسمة في الكوة تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما وبعد التراضي لصاحب السفل أن ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لأنه إعارة للشرب لا مبادلة لأن مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا إجارة الشرب لا تجوز فتعينت الإعارة فيرجع فيها وكذا ورثته في أي وقت شاؤا لأن الإعارة غير لازمة اهـ قال رحمه الله ﴿ويورث الشرب ويوصى بالانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب﴾ لأن الورثة خلف الميت يقومون مقامه وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه كالأوصاف والمنافع كالدين والقصاص والخمر وكذا الشرب والوصية أخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز للغرور والجهالة ولعدم الملك فيه في الحال لأنه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل وكذا لا يصلح مسمى في النكاح ولا في الخلع ولا في الصلح عن دم العمد وعقد العقود يصححه ولا يبطل بهذا الشرط فيجب على الزوج مهر المثل وعلى المرأة رد ما أخذت من المهر وعلى القاتل الدية وكذا لا يصلح بدلا في دعوى حق وللمدعي أن يرجع في دعواه ذكر صاحب الهداية في البيع الفاسد أن الشرب يجوز بيعه تبعا للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ في الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن قال صاحب الخلاصة رجل له نوبة ماء في يوم معين في الأسبوع فجاء رجل فسقى أرضه في نوبته ذكر الإمام علي البزدوي أن غاصب الماء يكون ضامنا وذكر في الأصل أنه لا يكون ضامنا وفي الفتاوى الصغرى رجل أتلف شرب رجل بأن سقى أرضه بشرب غيره قال الإمام علي البزدوي يضمن وقال الإمام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى فتوهم بعضهم أن صاحب الهداية ناقض حيث قال هنا لا يضمن إن سقى من شرب غيره وقال هناك ولهذا يضمن بالإتلاف وليس كذلك لأنه ذكر في كتاب البيوع على رواية مشايخ بلخ وما ذكر هنا على رواية الأصل قال الشارح ولو مات وعليه ديون لا يباع الشرب بدون الأرض على رواية الأصل فإن لم يكن للشرب أرض قيل يجمع الماء في نوبته في حوض ويباع إلى أن تقضى الديون من ذلك وقيل ينظر الإمام إلى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشرب إليها فيبيعها برضا صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض بدون الشرب وإلى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن إلى قضاء دين الميت والسبيل في معرفة قيمة الشرب إذا أراد قسمة الثمن على قيمتهما أن تقوم الشرب على تقدير أن لو كان يجوز بيعه وهو نظير ما قال بعضهم في العقر الواجب بشبهة ينظر إلى هذه المرأة بكم كانت تستأجر للزنا فذلك القدر هو عقرها في الوطء بالشبهة وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم يضم إلى هذا الشرب فيبيعهما فيؤدي من الثمن قيمة الأرض المشتراة والباقي للغرماء قال رحمه الله ﴿ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن﴾ لأنه متسبب وليس بمتعد فلا يضمن لأن شرط وجوب الضمان في السبب أن يكون متعديا ألا ترى أن من حفر بئرا في أرضه لا يضمن ما عطب فيه وإن حفر في الطريق يضمن وإنما قلنا إنه ليس بمتعد لأن له أن يملأ أرضه ويسقيه قالوا هذا إذا سقى أرضه سقيا معتادا بأن سقاها قدر ما تحتمله عادة أما إذا سقاها سقيا لا تحتمله أرضه فيضمن وهو نظير ما لو أوقد نارا في داره فاحترق دار جاره فإن كان أوقدها مثل العادة لم يضمن وإن كان خلاف العادة يضمن وكان الشيخ إسمعيل الزاهد يقول إنما لا يضمن بالسقي المعتاد إذا كان محاذيه بأن سقى أرضه في نوبته مقدار حقه وأما إذا سقاها في غير نوبته أو في نوبته زيادة على حقه فيضمن لوجود التعدي في السبب اهـ والله أعلم

﴿كتاب الاشربة﴾

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى فاللفظي هو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلا منهما مشتق من ذلك المصدر ولابد في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى قال في العناية ومن محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي يحصل به معرفة شكر المنعم فان قيل لماذا احل للامم السابقة مع احتياجهم الى العقل أجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرم شرب القليل من الخمر علينا كرامة من الله علينا لئلا يؤدي الى المحظور بان يدعو القليل الى الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرم علينا البعض والداعي المذكور موجود أجيب بان الشهادة بالخيرية لم تكن ادراكا ٧ وانما يشرح الصاري لئلا يتعداه من الاسلام كذا في العناية بان يصير من الاسلام اهـ وأضيف هذا الكتاب الى الاشربة والحال ان الاشربة جمع شراب وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات حراما كان أو حلالا وفي استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسائل هذا الكتاب من بيان حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وفي التلويح في أوائل القسم الثاني ان اضافة الحل والحرمة الى الاعيان حقيقة لا مجاز ولا يخفى انه يحتاج الى تفسير الاشربة لغة وشرعا وقد تقدم والى بيان الاعيان التي تتخذ منها الاشربة وأسمائها وسيأتي بيان ذلك قال رحمه الله ﴿الشراب ما يسكر﴾ هذا في اصطلاح الفقهاء لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام ومدامعناه قال رحمه الله ﴿والمحرم منها أربعة الخمر وهي النيء من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها﴾ وقال بعضهم كل مسكر خمر لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر رواه مسلم ولقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم وأبو داود ولانها سميت خمرا لمخامرتها العقل وكل مسكر يخامر العقل ولنا اجماع أهل اللغة على حقيقته في النيء من ماء العنب وتسمية غيرها الخمر مجاز وعليه يحمل الحديث المتقدم كذا في الشارح وفيه نظر لانه نقل في القاموس الخمر ما اسكر من عصير العنب أو عام قال والعموم أصح وأيضا الحديث محمول على بيان الحكم لانه عليه الصلاة والسلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقيقة اللغوية والتعريف المذكور للخمر هو قول الامام وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط فيه القذف بالزبد لان اللذة تحصل به وهو المؤثر في ايقاع العداوة والصد عن الصلاة وله أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد والكلام فيه في مواضع أحدها في بيان ماهيته والثاني وقت ثبوت هذا الاسم وقد تقدما والثالث ان عينه حرام غير معلول بالسكر بخلاف غيره من الاشربة فانه معلول بالسكر ومن الناس من يقول عين المسكر منها ليس بحرام كغيره من الاشربة فانه معلول بالسكر لان الفساد لا يحصل الا به وهذا كفر لانه يخالف الكتاب والسنة والاجماع والرابع انها نجسة العين نجاسة غليظة كالبول والغائط والخامس ان مستحلها يكفر لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها والسابع لا يجوز بيعها لقوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها رواه مسلم والثامن انه يحد شاربها وان لم يسكر والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه لا يمنع من ثبوت الحرمة لرفعها بعد ثبوتها والعاشر جواز تخليلها على ما يجيء من قريب ان شاء الله تعالى وفي الكافي ولا يحل ان يسقيه ذميا أو صبيا أو دابة وفي الخانية ويكره الاكتحال بالخمر وان يجعله في السعوط وفي الاصل لو عجن الدقيق بالخمر كره أكله والحنطة اذا وقعت في الخمر يكره أكلها قبل الغسل ولو انتفخت الحنطة في الخمر قال محمد لا تطهر قبل الغسل وقال أبو يوسف تغسل ثلاث مرات وتجفف في كل مرة فتطهر وعلى هذا الخلاف اذا طبخ اللحم في الخمر وعلى هذا الخلاف وفي الخلاصة لو طبخ الخمر بالماء والماء أقل أو سواء يحد شاربه وان كان الماء أكثر لا يحد الا اذا سكر وفي الكافي واختلفوا في سقوط ماليتها والصحيح انها مال اهـ قال رحمه الله ﴿والطلاء وهو العصير ان طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه﴾ وهذا النوع الثاني قال في المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب وانما سمي طلاء لقول عمر ما أشبه هذا الطلاء بطلاء البعير وهو القطران الذي يطلى به البعير اذا كان أجرب وعامته قبل معاملة وقيل محمقة وهو ظاهر الرواية وان طبخ حتى ذهب أكثر من نصفه فحكمه حكم الباذق والمنصف في ظاهر الرواية وفي الظهيرية ويجوز بيع الباذق والمنصف المسكر وتقيم الريب ويضمن متلفهم في قول الامام خلافا لهما والفتوى على قولهما اهـ وفي الينابيع الطلاء ما يطبخ من عصير العنب في قدر أو شمس حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وهو عصير محض فان كان فيه شيء من الماء حتى ذهب ثلثاه وبقي المجموع ٧ من الماء

والعصير اهـ وفي الهداية ويسمى الطلاء الباذق أيضا سواء كان الذاهب قليلا أو كثيرا والمنصف ما ذهب نصفه وبقي نصفه وكل ذلك حرام اهـ وعندنا اذا غلا واشتد بالزبد واذا اشتد ولم يقذف بالزبد فهو على الخلاف بين الامام وصاحبيه كما تقدم قال رحمه الله ﴿والسكر وهو النيء من ماء الرطب﴾ وهذا هو النوع الثالث من الاشربة المحرمة مشتق من سكرت الريح اذا سكنت وانما يحرم اذا قذف بالزبد وقبله حلال وقال شريك بن عبد الله هو حلال واذا قذف بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به والامتنان لا يكون بالمحرم ولنا ما روينا والآية محمولة على الابتداء حين كانت الاشربة مباحة وقيل أريد بها التوبيخ ومعناها والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا والثاني الفضيخ وهو النيء من البسر المذنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد فانه اسم مشتق من الفضخ وهو الكسر يقال انفضخ سنام البعير أي انكسر من الحمل فلما كان البسر يكسر لاستخراج الماء منه سمي الماء المستخرج بعد الفضخ كذا في المحيط قال رحمه الله ﴿ونقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب﴾ وهو الرابع من الاشربة المحرمة اذا اشتد لما قدمنا ثم حرمة هذه الاشياء دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها ما لم يسكر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند الامام خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف

ولقائل أن يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد استدل لها على حرمته باجماع الصحابة وقد تقرر أن الاجماع دليل قطعي فيكفر مستحلها فكيف قلتم لا يكفر مستحلها فأجاب بانه قد يكون نقل الاجماع بطريق الآحاد فلا يفيد القطع والمنقول في حرمة السكر من هذا القبيل وفي المحيط ونقيع الزبيب نوعان وهو أن يقع الزبيب في الماء حتى خرجت حلاوته الى الماء ثم اشتد وغلا وقذف بالزبد والثاني وهو النيء من ماء العنب اذا طبخ أدنى طبخة وغلا واشتد وفي الخانية نقيع الزبيب ما دام حلوا يحل شربه وان غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم قليله وكثيره وهو قول محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وفي السراجية واذا أراد الرجل يشرب النبيذ أو يشرب السكر فاول قدح منه حرام والمعود حرام والمشي اليه حرام قال رحمه الله ﴿والكل حرام اذا غلا واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر فلا يكفر مستحلها بخلاف الخمر﴾ وقد بينا أحكامها فيما تقدم قال رحمه الله ﴿والحلال منها أربعة نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ أدنى طبخة وان اشتد اذا شرب ما لا يسكر بلا لهو وطرب﴾ يعني هذا نوع وهذا المعنى ما رواه مسلم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التمر والزبيب أن يخلط بينهما في الانتباذ الحديث الى أن قال من شربه منكم فليشربه زبيبا أو تمرا فردا أو بسرا فردا وهذا محمول على المطبوخ منه لان غير المطبوخ منه حرام بالاجماع قال رحمه الله ﴿والخليطان﴾ وهو أن يجمع بين التمر والزبيب في الماء ويشرب ذلك وهو حلو يسمى حلالا لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كنا ننبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم القبضة من التمر والقبضة من الزبيب ثم نصب عليه الماء فننبذه غدوة فيشربه عشية وعشية فيشربه غدوة قال رحمه الله ﴿ونبيذ العسل والتين والبر والشعير﴾ يعني هو حلال لقوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني العنب والنخل ولا يشترط فيه الطبخ لان قليله لا يفضي الى كثيره كيفما كان قال رحمه الله ﴿والمثلث﴾ وهذا هو الرابع وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه والقول بالحل في هذه الاربعة قول الامام والثاني وقال محمد كل ما يسكر كثيره فقليله حرام لقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وكل خمر حرام رواه مسلم فعلى قولهما لا يحد شاربه واذا سكر منه وطلق لا يقع طلاقه بمنزلة النائم وذاهب العقل بالبنج ولبن الرماك وعلى قول محمد لكثرة الفساد فيحد الشارب اذا سكر من هذه الاشربة المذكورة والمتخذ من لبن الرماك لا يحل شربه وفي الهداية الاصح انه يحد على قولهما اذا سكر من هذه الاشربة المذكورة اعتبارا بالخمر وفي المجتبى على قول محمد اذا شرب من هذه الاشربة ولم يسكر يعزر تعزيرا شديدا اهـ المثلث اذا صب عليه الماء وطبخ حكمه حكم المثلث لان صب الماء فيه لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم طبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما ولا يدري أيهما ذهب أكثر ويحتمل الذاهب من العصير أقل من ثلثه ولو طبخ العنب قبل العصير اكتفى بأدنى طبخه في رواية عن الامام وفي رواية لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لان العصير موجود فيه من غير تعصير فصار كما لو طبخ فيه بعد العصير ولو جمع بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب فطبخ لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر والزبيب وان كان يكتفى فيه بأدنى طبخه فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا للحرمة وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر أو نقيع الزبيب أدنى طبخة ثم نقع فيه تمرا أو زبيبا

ان كان ما نقع فيه شيأ يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله فلا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب في المطبوخ
قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط والاحتياط في الحد في درئه ولو طبخ الخمر
أو غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ وفي الظهيرية الفضيخ الشراب المتخذ من
البسر فاذا أفضخ التمر وقدف ثم نقع في الماء حتى تخرج حلاوته ثم يترك حتى يشتد فاذا اشتد حرم وفي التهذيب عن الثاني والثالث
البسر المذنب اذا طبخ أدنى طبخة فاذا حلي يحل شربه بلا خلاف فاذا اشتد فحكمه كالمثلث وفي الجامع السكران الذي يحد هو الذي
لا يعقل منطقا قليلا كان أو كثيرا ولا يعرف الرجل من المرأة ولا الارض من السماء عند الامام وفي شربه الاصل اذا ذهب عقله
وكان في كلامه تخليط فهو الغالب وان كان النصف مستقيما والنصف غير مستقيم لا يقام عليه الحد وفي القدوري اذا غلب عليه الماء حتى
زال طعمها وريحها فلا حد في شربها وفيه أيضا عن الثاني اذا بل في الخمر خبزا فأكل الخبز اذا كان الطعم يوجد حد وان كان لا يرى
أثرها في الخبز لا واذا شرب الخمر لضرورة مخافة العطش فشرب مقدار ما يرويه فسكر فلا حد وان ادعى الاكراه لم يصدق لان الاكراه
لا يتحقق الا بالبينة اه تصرفات السكران كلها نافذة الا الردة والاقرار بالحدود الخالصة اه قال رحمه الله ﴿وحل الانتباذ في
الدباء والحنتم والمزفت والنقير﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن الاشربة في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء غير
أن لا تشربوا مسكرا رواه مسلم وأحمد وغيرهما ولان الظرف لا يحل حراما ولا يحرم حلالا والدباء هو القرع والنقير هو أصل النخلة
ينقر نقرا أو ينسج نسجا والمزفت وهو المقير والحنتم الجرار الخضر وقيل الحنتم الجرار الحمر ثم ان انتبذ في هذه الاوعية قبل استعمالها
في الخمر فلا اشكال في حله وطهارته وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر ان كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاث مرات وان كان
جديدا لا يطهر عند محمد وعند أبي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة بعد مرة أخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا
أو طعما أو ريحا حكم بطهارته اه قال رحمه الله ﴿وخل الخمر سواء خللت أو تخللت﴾ يعني حل الخمر ولا فرق في ذلك بين أن يتخلل
بنفسه أو يخلل بالقاء شيء فيه كالملح أو الخل أو النقل من الظل الى الشمس أو بايقاد النار بالقرب منها خلافا للشافعي اذا تخللت بالقاء
شيء فيها كالملح ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام الخل مطلقا فيتناول جميع صورها ولان بالتخليل ازالة الوصف المفسد واثبات
صفة الصلاح كالدباغ فالتخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا ثم ومن ذلك غير حكمه من الحرمة الى الحل ومن النجاسة الى
الطهارة ألا ترى ان ظرفها كان طاهرا فتنجس بها فاذا طهر بالتخليل طهر جميع أجزائه وأجزاء انائه هو الصحيح وقيل لا يطهر لانه
تنجس بمائية الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فيبقى على ما كان ولو غسل بالخل وتخلل من ساعته طهر للاستحالة وكذا اذا صب
منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال وفي المحيط ولو كان الخل فيه حموضة غالبة وطعم المرارة فانه لا يحل ما لم تزل من كل وجه وعندهما
يحل واعتبرا الغالب منها ولو صب في المرقة خمر وطبخ لم يحل لانه تنجس قبل الطبخ فلا يحل بالطبخ ولا يحد شاربه لانه شرب المرق
النجس ولو عجن الدقيق بالخمر صار نجسا قال رحمه الله ﴿وكره شرب دردي الخمر والامتشاط به﴾ لان فيه أجزاء الخمر فكان
حراما نجسا والانتفاع بمثله حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا ولا أن يسقى ذميا ولا صبيا والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيه
الدواب وقيل لا تحمل الخمر الى من يصيرها خلا وتحمل ما يصيرها الى الخمر كما لا تحمل الميتة الى الكلاب وكذا الدردي في
الخل فلا بأس به لانه يصير خلا لكنه يباح حمل الخمر اليه لا عكسه قال رحمه الله ﴿ولا يحد شاربه الا اذا سكر﴾ يعني لا يحد شارب
دردي الخمر الا اذا سكر وقال الشافعي يحد شاربه سكر أو لم يسكر لان الحد يجب في الخمر بشرب قطرة وفي الدردي قطرات ولنا
وجوب الحد للزجر فيما ترغب النفس فيه وتميل اليه والنفس لا ترغب في شرب الدردي ولا تميل اليه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من
الاشربة فلا يحد ما لم يسكر ودردي الخمر هو الثفل ويكره الاحتقان بالخمر واقطاره في الاحليل لانه انتفاع بالنجس المحرم وتقدم
الكلام فيها اذا أخبر به طبيب حاذق وفي المحيط ولو سقى شاة خمرا لا يكره لحمها ولبنها لان الخمر وان كانت باقية في معدتها لم تختلط
بلحمها وان استحالت الخمر لحما فيجوز كما لو استحالت خلا الا اذا سقاها كثيرا بحيث يؤثر في رائحتها الخمر فانه يكره لحمها

﴿فصل﴾ في طبخ العصير الاصل فيه ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد لا يعتد به حتى يذهب ثلثاه فيحل الثلث الباقي بعده
ولو صب فيه الماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ينظر ان كان الماء أسرع ذهابا للطافته ورقته يعتبر ذهاب ثلثيه بعد الماء الذي صب فيه
كله أو بعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقي من العصير وان كانا يذهبان معا فيطبخ حتى يذهب ثلثا الجميع بعد ذهاب الزبد فيحل

الثلث الباقي لذهاب الثلثين بماء الثلث ماء وعصيرا ولو طبخ العصير فذهب أقل من الثلث ثم أهرق الثلثين وبقي الثلث ماء وعصيرا
٧ ولو طبخ العصير فذهب أقل من الثلث ثم أهرق بعضه لا يحل الباقي حتى يذهب ثلثاه بالطبخ وطريق معرفته ان تؤخذ ثلث الجميع فيضرب فيه في الباقي ثم يقسم الخارج على ما بقي بعد ذهاب ما نقص منه بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما أصاب الواحد بالقسمة فذلك القدر هو الحلال ويطبخ الباقي الى أن يبقى قدره فيحل مثاله اثنا عشر رطلا من العصير طبخ حتى ذهب أربعة أرطال ثم أهرق رطلين يؤخذ ثلث العصير كله وهو أربعة فيضرب فيما بقي بعد الانصباب وهو ستة فيصير أربعة وعشرين فيقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب منه بالطبخ قبل ان يهراق منه وذلك ثمانية فيصيب كل واحد منهم ثلاثة فيكون ذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي الى ان يبقى قدره فيحل وان شئت قسمت ما ذهب بالطبخ على المنصب وعلى ما بقي بعد الانصباب فما أصاب المنصب يجعل مع المنصب كأنه لم يكن وكان جميع العصير هو الباقي وما أصابه من الذاهب بالطبخ فقد ذهب منه ذلك القدر ويطبخ حتى يذهب الى تمام الثلثين وان شئت قلت ان الباقي بعد الطبخ قبل الانصباب بعضه حلال وهو قدر ثلث المجموع فاذا أهريق بعضه أهريق من الحلال بحسابه فيطبخ الباقي حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال وفي المحيط عن أبي يوسف طبخ ثم ألقي فيه تمر ادعلي قال ما ألقي فيه لو نبذه على حدة كان منه نبيذ فلا خير فيه لان هذا مطبوخ ويعتبر وان كان يسيرا لا يشتد منه لا يعتد به لانه لا يجد فيه الشارب لا بمراده ولو صب قدح من نبيذ مطبوخ أفسده وعن الامام اذا وضع في الشمس حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فلا بأس به فهو بمنزلة طبخه بالنار وكذا اذا ملأ الخابية بالخردل وخلط فيها العصير ومضى على ذلك مدة ولم يشتد ولم يسكر فلا بأس به في قول أصحابنا ولو طبخ عصيرا حتى ذهب ثلثه وتركه حتى برد ثم أعاد الطبخ حتى ذهب نصف ما بقي فاذا أعاد الطبخ قبل ان يغلي ويتغير عن حاله العصير فلا بأس به لان الطبخ وجد قبل ثبوت الحرمة بالغليان والشدة وان عاد بعد ان غلي وتغير فلا خير فيه لان طبخه وجد بعد ثبوت الحرمة فلا ينتفع به اهـ

﴿كتاب الصيد﴾

قال في العناية مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد يورث السرور الا انه قدم الاشربة لحرمتها اعتبارا بالاحتراز عنها اهـ قال في المحيط يحتاج الى معرفة اباحة الصيد وتفسيره لغة وشرعا وركنه وشرط اباحته ودليلها وحكم مشروعيته أما دليل الاباحة من الكتاب قوله تعالى أحل لكم صيد البحر واذا حللتم فاصطادوا وأما تفسيره لغة فالصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو المتوحش الممتنع باصل الخلقة عن الآدمي مأكولا كان أو غير مأكول والذي يظهر انه عند الفقهاء الارسال بشروطه لاخذ ما هو مباح من الحيوان المتوحش الممتنع عن الآدمي باصل خلقته وأما ركنه فهو على الاخذ بشروطه وأما شرطه المتعلق بالصيد فكون الصيد غير آمن بالاحرام والحرم وغير مملوك وأما حكمه فصيرورة المأخوذ ملكا للآخذ قال رحمه الله ﴿هو الاصطياد﴾ قال الشارح أي الصيد هو الاصطياد في اللغة اهـ ولا يخفى ان هذا لا يناسب أن يذكر في المتون ولا ينبغي أن يذكرها قال رحمه الله ﴿ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة﴾ يعني يحل الاصطياد بهذه الاشياء وغيرها من الجوارح كالشاهين والباشق والعقاب والصقر وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته فتذكيه قال في العناية وانما أورد هذه الرواية لان رواية القدوري تدل على الاثبات والنفي جميعا اهـ واعترض بانهم قد صرحوا في النهاية وغيرها بان تخصيص الشيء بالذكر في الرواية يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدوري تدل على اثبات الصيد بما ذكر ونفي جوازه بما سواه فلم يتم ما ذكره والاصل فيه قوله تعالى أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح والجوارح الكواسب والجرح الكسب وقيل هي أن تكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة وهي مكلبين معلمين الاصطياد ولانه اجتمع في الحيوان الصائد ما يوجب أن يكون آلة الذبح وهو كونه جارحا قاطعا بطبعه غير عاقل كالسكين وما يمنع أن يكون آلة الذبح وهو كونه مختارا في فعله كالآدمي والشرع جعل التعليم فيه بترك الاكل فيجري على موجب اختيار صاحبه فيعمل له لا لنفسه فيصير آلة محضة لصاحبه كالسكين واسم الكلب يقع على كل سبع حتى الاسد واستثنى الثاني من الجوار اصطياد السبع والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته كذا في الهداية وذكر في النهاية الذئب بدل الدب ولان التعلم يعرف بترك الاكل وهما لا يأكلان الصيد في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل على التعليم حتى لو تصور التعليم منهما وعرف ذلك جاز ذكره في النهاية وألحق بعضهم

الحدأة بهما لخساستها والخنزير مستثنى من ذلك لانه نجس العين وفي المحيط قالوا لا يجوز الاصطياد بالاسد والذئب لان الاسد لا يعمل
لغيره وانما يعمل لنفسه والذئب مثله أيضا قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو أن يكون من أهل
الذكاة وأن يوجد منه الارسال ولا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عمدا ولا يشتغل بين الارسال والاخذ
بعمل وخمسة في الكلب منها أن يكون معلما وأن يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه في الاخذ من لا يحل صيده وأن يقتله جرحا
وأن لا يأكل منه وخمسة في الصيد منها أن لا يكون متقويا بأنيابه أو بمخلبه وأن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من بنات الماء
سوى السمك وأن يمنع نفسه بجناحيه أو بقوائمه وأن يموت بهذا قبل أن يصل الى ذبحه اهـ وذكر صاحب النهاية والعناية وغاية البيان
نقلا عن الخلاصة واعترض بان قوله وأن يموت قبل أن يصل الى ذبحه مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحا وأجيب بان لا استدراك
لان الشرط الذي أريد بقوله وأن يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا والشرط الذي أريد
بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل الى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحا بعد أن يصل المرسل الى ذبحه فحينئذ لا يحل أكله فلا بد من
بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال قال صاحب العناية فيما نقله صاحب الخلاصة تسامح لان هذا شرط الاصطياد لا كل بالكلب لا
غيره على أنه لو اتقى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل غيره لكن أدركه حيا فذبحه وكذا لو لم يمت بهذا لكن ذبحه فانه صيد وهو حلال
اهـ وأجيب أن هذه الشروط في الصيد المحض وهو الذي لم يدركه حيا أما الذي أدركه فذكاه فالذكاة الاختيارية فليس صيدا محضا
بل يلحق به اهـ والمراد بقول صاحب العناية شرط الاصطياد أي حال الاصطياد وفي التعبير بما يدل على ظهور المراد لا يبالي بمثله قال
رحمه الله ﴿ولا بد من التعليم﴾ لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن ولقوله عليه الصلاة والسلام لابي ثعلبة ما صدت
بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك غير المعلم فادركت ذكاته فكل رواه البخاري ومسلم وأحمد ولذا لا بد أن
يكون المرسل أهلا للذكاة بان يكون مسلما أو كتابيا ويعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكر في الذبائح قال رحمه الله ﴿وذا بترك
الاكل ثلاثا في الكلب وبالرجوع اذا دعوته في البازي﴾ أي التعليم في الكلب يكون بترك الاكل ثلاث مرات وفي البازي في
الرجوع اذا دعي روي ذلك عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ولان بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن ضربه حتى يترك الاكل
وبدن البازي لا يحتمل الضرب ولا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه فاكتفى بغيره مما يدل على التعليم ولان آية التعليم ترك ما هو
مألوفه عادة وعادة البازي التوحش والاستنفار وعادة الكلب الانتهاب والاستلاب لا تتلافه بالناس فاذا ترك كل واحد منهما مألوفه
دل على تعلمه وانتهاء علمه وهذا الفرق لا يتأتى الا في الكلب خاصة لانه هو المألوف دون غيره من ذوات الانياب فانها ليست بألوفة
والفرق الاول يتأتى في الكل لان بدن كل ذي ناب يحتمل الضرب فأمكن تعليمه بالضرب الى أن يترك الاكل قال صاحب النهاية
وهذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا في المبسوط وأجيب
بان الكلب في اللغة يقع على كل سبع وليس المراد بما ذكره المؤلف الكلب المعهود بل الكلب بالمعنى اللغوي فلهذا استووا فيما يقع
به التعليم وانما شرط ترك الاكل ثلاث مرات وهو قولهما ورواية عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لان علمه يعرف بتكرار
التجارب والامتحان ومدة ضربت لذلك كما في قصة السيد موسى وكما في شرط الخيار وكذا قال صلى الله عليه وسلم اذا استأذن
أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع وعن الامام أنه لم يثبت التعليم ما لم يغلب على ظنه انه قد تعلم ولا يقدر بشئ لان المقادير تعرف بالنص
لا بالاجتهاد ولا نص هاهنا فيفوض الى رأي المبتلى كما هو عادته ثم اذا ترك الاكل ثلاثا لا يحل الاول ولا الثاني على قول من قال بالثلاث
وكذا الثالث عندهما لانه لا يصير معلما الا بعد تمام الثلاث وقبله غير معلم قال رحمه الله ﴿ولا بد من التسمية عند الارسال ومن
الجرح في أي موضع كان من أعضائه﴾ أما التسمية لقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ولقوله صلى الله عليه وسلم فاذا
ذكرت الله تعالى عليه وجرح فكل وأطلق في قوله ولا بد من التسمية فشمل ما اذا كان المرمي اليه يحتاج الى التسمية أولا
كالسمك وقد شرط في الاول دون الثاني حتى لو رمى الى السمك وترك التسمية عمدا فأصاب يحل أكله فلو قال في صيد البر لكان
أولى وسيأتي عن قاضيخان ولا بد أن يكون المسمي يعقل التسمية فلا يؤكل صيد صبي ومجنون اذا كانا لا يعقلان التسمية أما اذا
كانا يعقلانها أكل ويؤكل صيد الاخرس والكتابي لان الملة تكفي عن التلفظ عند العجز ولو سمى النصراني باسم المسيح لم يؤكل
والصابئة ان أقروا بكتاب وبنبي يؤكل صيدهم والا فلا وظاهر عبارة المؤلف الاكتفاء بالجرح سالما أولا لكن قال في المحيط ان جرحه

ولم يدمه اختلفوا فيه قيل لا يحل وقيل يحل وقيل إن كانت الجراحة صغيرة لا يحل إذا لم يدم وإن كانت كبيرة يحل وأما الجرح فالمذكور
هنا ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يشترط رواه الحسن عنهما وهو قول الشعبي لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم
مطلقا من غير قيد بالجرح فمن شرطه فقد زاد على النص وهو نسخ على ما عرف في موضعه وكذا ما رويناه من حديث عدي وثعلبة يدل
على ذلك لأنه مطلق فيجري على إطلاقه والإلزام نسخه بالرأي وهو لا يجوز وجه الظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح وهو يشير
إلى ما قلنا ولأن المقصود إخراج الدم المسفوح وهو يخرج بالجرح عادة ولا يتخلف عنه إلا نادرا فأقيم الجرح مقامه كما في الذكاة الاختيارية
والرمي بالسهم ولأنه إذا لم يجرحه صار موقوذة وهي محرمة بالنص وما تلي مطلق وكذا ما روي فحملناه على المقيد لاتحاد الواقعة وإنما
يحمل المطلق على المقيد فيما إذا اختلفت الحوادث أو كان التقييد والإطلاق من جهة السبب وأما إذا كان من جهة الحكم والحادثة واحدة
فيحمل عليه ولو سمى حالة الإرسال فقتل الكل حلت ولو قتل الكل واحدا بعد واحد حل بخلاف ما إذا ذبح شاتين بتسمية فإنه لا يحل
والفرق أن الحل في باب الصيد يحصل بالإرسال فتشترط التسمية وقت الإرسال والإرسال وجد وقت تسمية واحدة كما لو رمى سهما إلى
صيد فنفذ وأصاب صيدا آخر بخلاف ما لو ذبح شاة أخرى لأن الثانية صارت مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى ولو
أضجع شاتين وذبحهما بتسمية واحدة حلا قال رحمه الله ﴿فإن أكل منه البازي أكل وإن أكل منه الكلب أو الفهد لا﴾ وقال مالك
والشافعي في القديم يؤكل وإن أكل منه الكلب كالبازي لما روي عن عبد الله بن عمر أن أبا ثعلبة قال يا رسول الله إن لي كلابا مكلبة
فأفتني في صيدها فقال إن كانت لك كلاب مكلبة فكل مما أمسكت عليك الحديث إلى أن قال النبي صلى الله عليه وسلم وإن أكل منه قال
عليه الصلاة والسلام وإن أكل منه ولأن أكل الكلب إنما صار كالعلامة وبالأكل لا يعود جاهلا فصار كالبازي ولنا ما رويناه من حديث
عمر بن عدي وقوله تعالى وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وقوله عليه الصلاة والسلام إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله تعالى
فكل مما أمسكن عليك إلا أن يأكل الكلب فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه رواه البخاري ومسلم وعن ابن
عباس أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أرسلت كلبك المعلم فأكل من الصيد فلا تأكل فإنما أمسكه على نفسه وإذا
أرسلته فقتل ولم يأكل فكل فإنما أمسك على صاحبه رواه أحمد وما رويناه غريب فلا يعارض الصحيح المشهور ولئن صح
فالمحرم أولى على ما عرف في موضعه والفرق بين البازي والكلب قد بيناه ولو صاد الكلب صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد
بعد ذلك لا يؤكل من الذي أكل منه لأن أكله علامة جهله ولا مما يصيده بعده حتى يصير معلما على الاختلاف الذي بيناه في الابتداء
وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منه لا تظهر الحرمة فيه لعدم المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بعد تثبت الحرمة
بالاتفاق وما هو محرز في البيت يحرم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحرم لأن الأكل لا يدل على جهله لأن الحرفة قد تنسى وقد
يشتد عليه الجوع فيأكل مع علمه ولأن ما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينتقض باجتهاد مثله لأن المقصود قد حصل
بالأول بخلاف غير المحرز لأن المقصود لم يحصل فيه من كل وجه لبقاء الصيدية فيه من وجه لعدم الإحراز فيحرم احتياطا ولأبي حنيفة
رضي الله تعالى عنه أن أكله آية جهله من الابتداء لأن الحرفة لا ينسى أصلها فإذا أكل تبين أن تركه الأكل كان لشبع لا
للتعلم وقد تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأن المقصود يحصل بالأكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولأن علمه لا يثبت
إلا ظاهرا فتحقق جهله موهوم والموهوم في باب الصيد يلحق بالمتحقق احتياطا ما أمكن والإمكان في حق القائم جميعا دون الفائت وقال
بعض المشايخ إنما تحرم تلك الصيود عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا كان العهد قريبا أما إذا تطاول العهد بأن أتى عليه شهر أو أكثر
وصاحبه قد قدد تلك الصيود لا تحرم تلك الصيود في قولهم جميعا لأن في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يعلم أنه لم يكن معلما في
الماضي من الزمان وفي المدة القصيرة لا يتحقق النسيان فيظهر أنه لم يكن معلما حين اصطياد تلك الصيود فتحرم تلك الصيود وقال
شمس الأئمة السرخسي الصحيح أن الخلاف في الفصلين ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع إلى صاحبه فأرسله فصاد لا
يؤكل صيده لأنه ترك ما صار به معلما فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد فبقي في حكمه كحكم الكلب فيما ذكرنا ولو شرب الكلب
من دم الصيد ولم يأكل من لحمه شيئا أكل لأنه ممسك عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح
له ولو أخذ الصائد الصيد من الكلب وقطع له منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي لأنه أمسك على صاحبه وسلمه إليه وأكله بعد
ذلك مما ألقى إليه صاحبه لا يضره لأنه لم يأكل من الصيد وهو عادة الصيادين فصار كما إذا ألقى إليه طعاما آخر وكذا إذا وثب

الكلب منه أكل لانه لم يأكل من الصيد اذ لم يبق صيدا في هذه الحالة والشرط ترك الاكل من الصيد وقد وجد فصار كما اذا افترس شاة فأكل منها أو ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لبقاء جهة الصيدية وسيأتي الفرق فيه ولو نهش الصيد فقطع منه قطعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم ذهب الى تلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل في حالة الاصطياد فتبين بهذا انه جاهل ممسك على نفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حالة الاصطياد ليضعفه بما قطع منه ليتمكن منه فاذا أكلها قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني وفي الهداية لو أخذ المرسل الصيد ووثب الكلب على الصيد فاخذ من الصيد فأكل يؤكل الصيد لانه ما أكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد قال في النهاية وطولب الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا أكل منه بعدما قتله فانه يحرم لان الصيد كما خرج من الصيدية باذن صاحبه صار أن يخرج عن الصيدية بقتله وأجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه صاحبه دل على انه ممسك على صاحبه وانتهاشه منه لا يدل على جهله وأما اذا أكل بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه دل على انه ممسك على نفسه ودل على جهله فلهذا احرم واعترض أيضا بان عبارة المؤلف شاملة للصورتين فما وجه اتفاقه في الحكم وأجيب بما تقدم وفي المحيط وان قتله فاخذه صاحبه ثم وثب عليه فانهش منه قطعة أو رمى صاحبه بها اليه يؤكل الصيد ولو أكل قبل أن يأخذه صاحبه يكره أكله اهـ ثم الارسال على أقسام الاول يجب أن يكون الارسال على صيد ولو أرسل على ما ليس بصيد من الابل والبقر والغنم والاهل فاصاب صيدا لا يحل أكله لان الارسال على ما ليس بصيد لا يكون ذكاة شرعا ولو سمع حسا وظنه صيدا فارسل كلبه فاصاب صيدا ثم تبين ان المسموع حس آدمي أو ما ليس بصيد لم يؤكل وكذا لو سمع حسا ولم يعلم انه حس صيد أو غيره ولو ظنه حس صيد غير مأكول أو مأكولا فاصاب صيدا آخر يحل أكله ولو أرسل كلبه على صيد بعينه وهو غير مأكول فاصاب غيره يحل أكله لان تعيين الصيد غير معتبر في الارسال ولو سمع حسا فظن انه حس آدمي فارسل كلبه فاذا هو صيد يحل أكله لان تعيين الصيد غير معتبر وفي المنتقى ولو رمى ظبيا أو طيرا فاصاب غيره وذهب المرمى اليه ولم يدر انه متوحش أو مستأنس أكل الصيد لان الاصل في الصيد التوحش فتمسكوا بالاصل وقال محمد لو ظن حين رآه انه صيد ثم تحول رأيه انه ليس بصيد يحل الصيد لان الاول قصد به صيدا فتحكم الاصل حتى يعلم انه غير صيد ولو رمى الى بعير ناد أو غيره لم يؤكل حتى يعلم انه ناد لان الاصل في غير الالفة والاستئناس ولو رمى الى ظبي مربوط وظن انه صيد فاصاب ظبيا آخر لم يؤكل وكذا لو أرسل كلبه على صيد موثق في يده فاصاب غيره لم يؤكل ولو أرسل فهدا على فيل وأصاب ظبيا لم يؤكل ولو رمى سمكا أو جرادا فاصاب صيدا فعن أبي يوسف في رواية لا يؤكل لان السمك والجراد لا تقع عليه الذكاة وفي رواية يؤكل لان المرمى اليه صيد والقسم الثاني أن يكون فور الارسال باقيا كما سيأتي ومن شرائط الارسال أن لا يوجد بعد الارسال بول ولا أكل فان وجد وطال قطع الارسال حتى لو قتله لا يحل أكله وفي الروضة ولو حبس الكلب على صدر الصيد طويلا ثم أمر به آخر فاخذه وقتله لم يؤكل لانه انقطع فور الارسال وفي العيونية ولو أرسل كلبين فاخذه أحدهما وقتله الآخر يحل أكله والقسم الثالث أن يلحقه المرسل أو من يقوم مقامه قبل انقطاع الكلب كما سيأتي قال رحمه الله ﴿وان أدركه حيا ذكاه﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي اذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله تعالى عليه فان أمسك عليك وأدركته حيا فاذبحه رواه البخاري ومسلم ولانه قدر على هذا الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الحل والبازي والسهم في هذا كالكلب وفي المحيط فاذا أدركه حيا لم يحل الا بالذبح قدر على الذكاة أو لم يقدر لفقد الآلة وضيق الوقت ان كان في آخر رمق وعن أبي حنيفة وأبي يوسف اذا لم يقدر على التمكن كما ذكرنا يحل وهو اختيار لبعض المشايخ لانه اذا لم يتمكن لم يقدر على الاصل وذكر الكرخي في مختصره لو أدركه ولم يأخذه فان كان في وقت أمكنه ذبحه لم يؤكل وان كان لا يمكنه ذبحه بعد أخذه أكل لان اليد لم تثبت على الذبح والتمكن من الذبح لم يوجد والله أعلم وسيأتي بيانه قال رحمه الله ﴿وان لم يذكه حتى مات أو خنقه الكلب ولم يجرحه أو شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا حرم﴾ أما اذا لم يذكه فلانه لما أدركه حيا صارت ذكاته ذكاة الاختيار لما روينا ولما بينا من المعنى فبتركه يصير ميتة وهذا اذا تمكن من ذبحه أما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة قدر ما يكون في المذبوح بان يضطرب اضطراب المذبوح ولم يبق الاضطرار اضطراب المذبوح

حلالا لأن هذا القدر من الحياة لا يعتبر فكان ميتا حكما ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما لو وقع بعد موته لأن موته لا يضاف إليه والميت ليس بمحل للذكاة كذا ذكره الصدر الشهيد أن هذا بالإجماع وقيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يحل إلا بالذكاة بناء على أن الحياة الخفية معتبرة عنده وعندهما غير معتبرة حتى حلت المتردية والنطيحة والموقوذة ونحوها بالذكاة إذا كان فيها حياة وإن كانت خفية عنده وعندهما لا تحل إلا إذا كانت حياتها بينة وذلك بأن تبقى فوق ما يبقى المذبوح عند محمد وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى أن تكون بحال يعيش مثلها فيكون موتها مضافا إلى الذكاة والسهم مثله وإن كان فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح فكذلك في رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لأنه لم يقدر على الأصل فصار كالمتيمم إذا رأى الماء ولم يقدر على استعماله ولا يؤكل في ظاهر الرواية لأنه قادر حكما لثبوت يده عليه وهو قائم مقام التمكن من الذبح إذ لا يمكن اعتبار الذبح نفسه حقيقة لأن الناس يختلفون فيه على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح ولا يمكن ضبطه فأدير الحكم على ثبوت اليد لأنه هو المشاهد المعاين فلا يحل إلا بالذكاة سواء كانت حياته خفية أو بينة بجرح المعلم أو غيره من السباع وعليه الفتوى لقوله تعالى وما أكل السبع إلا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حي مطلقا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام لعدي فإذا أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه مطلق فيتناول كل حي مطلقا والحديث صحيح رواه البخاري ومسلم وأحمد وفصل الشافعي رحمه الله تعالى تفصيلا آخر غير ما ذكرنا فقال إن لم يتمكن من الذبح لفقد الآلة لم يؤكل لأن التقصير من جهته وإن كان لضيق الوقت أكل لعدم التقصير والحجة عليه ما تلونا وما روينا وأما إذا خنقه الكلب ولم يجرحه فلما بيناه بقوله لا بد من التعلم والتسمية والجرح وقد ذكرنا اختلاف الرواية والكسر كالخنق حتى لا يعتد به لأنه لا يفضي إلى خروج الدم وأما إذا شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله تعالى عليه عمدا فلما روينا عن عدي بن حاتم رضي الله تعالى عنه أنه قال قلت يا رسول الله إني أرسل كلبي فأسمي قال إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل فإن أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه قلت إني أرسل كلبي فأجد معه كلبا آخر غيره لا أدري أيهما أخذ فقال لا تأكل فإنما سميت على كلبك فإن وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تأكل لأنك لا تدري أيهما قتله رواهما البخاري ومسلم وأحمد رحمهم الله تعالى وهذا صحيح فيكون حجة على مالك والشافعي في قوله القديم لأنه لا يحرم بأكل الكلب الصيد وعلى الشافعي في متروك التسمية عمدا أيضا ولأنه اجتمع فيه المبيح والمحرم فيغلب فيه جهة الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال ولأن الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط في الترك ولو رده عليه الكلب ولم يجرحه معه ومات بجرح الأول يكره أكله لوجود المعاونة في الأخذ وفقدها في الجرح ثم قيل الكراهة كراهة تنزيه لأن الأول لما انفرد بالجرح والأخذ غلب جانب الحل فصار حلالا وأوجب إعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة وقيل كراهة تحريم وهو اختيار الحلواني لوجود المشاركة من وجه بخلاف ما إذا رده عليه المجوسي بنفسه حيث لا يحرم ولا يكره لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلم تتحقق المشاركة من وجه ولو لم يرد الكلب الثاني عليه لكن اشتد على الأول فاشتد الأول على الصيد بسببه فأخذه فقتله فلا بأس بأكله لأن فعل الثاني أثر في الكلب الأول حتى ازداد طلبا ولم يؤثر في الصيد فكان تبعا لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الحكم إلى التبع بخلاف ما إذا رده عليه لأنه لم يصر تبعا فيضاف إليهما ولو رده سبع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاد به فهو كما لو رده عليه الكلب فيما ذكرنا لوجود المجانسة في الفعل بخلاف ما إذا رده عليه ما لا يجوز الاصطياد به كالجمل والبقر والبازي في ذلك كالكلب في جميع ما ذكرنا من الأحكام وفي الفتاوى العتابية حلال رمى صيدا فأصابه في الحل ومات في الحرم أو رماه في الحرم وأصابه في الحل ومات في الحل لا يحل وعليه الجزاء في الوجه الثاني دون الأول وكذا إذا أرسل كلبه في الحرم وقتله خارج الحرم لا يحل وعليه الجزاء وفي الذخيرة يجب أن يعلم من رمى سهما إلى صيد أن العبرة في حق الملك لوقت الإصابة وفي حق الأكل لوقت الرمي هذا هو المذكور في عامة الكتب ولهذا قلنا المسلم إذا رمى سهما إلى صيد ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم أصابه السهم حل تناوله والمرتد إذا رمى إلى صيد ثم أسلم ثم أصابه لا يحل تناوله قال رحمه الله ﴿وإن أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر حل ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم﴾ والمراد بالزجر الإغراء بالصياح عليه وبالانزجار تحصيل زيادة الطلب للصيد كذا في الهداية وأطلق في قوله فزجره مجوسي إلى آخره فشمل ما إذا زجره في حال طلبه أو بعد وقوفه فانزجر والمراد الأول

وذكر شمس الائمة في شرح كتاب الصيد فيما اذا أرسل مسلم كلبه وزجره مجوسي انما يحل اذا زجره المجوسي في ذهابه أما اذا
وقف الكلب عن سنن الارسال ثم زجره مجوسي بعد ذلك فانزجر لا يؤكل والفرق ان ارسال المسلم قد صح وصيحة المجوسي
لا تفسده لانه تقوية للارسال وتحريض للكلب وليس بابتداء ارسال منه ولا ينقطع الارسال بالزجر فبقي صحيحا فاما الارسال
من المجوسي فانه وقع فاسدا ولا ينقلب صحيحا بالزجر وكذا اذا أرسل وترك التسمية عمدا فزجره مسلم وسمى لم يحل ولو وجدت
التسمية من المرسل فزجره من لم يسم حل وكذا المسلم اذا ذبح فامر المجوسي السكين بعد الذبح لم يحرم ولو ذبح المجوسي وأمر المسلم بعده
لم يحل لما ذكرنا ان أصل الفعل متى وقع صحيحا لا ينقلب فاسدا ومتى وقع فاسدا لا ينقلب صحيحا وكذا المحرم دل حلالا على الصيد
فقتله يحل له نص عليه في الزيادات لان ذبحه حصل بفعل الحلال لا بدلالة المحرم ونص في المنتقى عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
تعالى أنه لا يحل لحديث قتادة حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل أعنتم هل أشرتم فقالوا لا فقال اذن فكلوا علق
الاباحة بعدم الاعانة وفي الدلالة نوع اعانة ولو أرسل مسلم كلبه فرد عليه الصيد كلب غير معلم أو معلم لم يرسله أحد ولم يزجره فقتله
وأخذه الاول وقتله لم يؤكل وقد مر ما فيه من الخلاف ولو لم يرد عليه ولكن اشتد عليه بأن كان يتبع أثر المرسل حتى قتله الاول
حل أكله لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل لا في الصيد فصار فعله تبعا لفعل المرسل فانضاف الاخذ الى المرسل لا الى المحرض
والمشتد بخلاف ما لو رده عليه لان فعله أثر في الصيد لا في الكلب فصار الاخذ مضافا اليهما مجوسي أرسل ثم أسلم فاصطاد كلبه لم يؤكل
وكذلك لو زجره بعد الاسلام فانزجر زجره ولو كان مسلما فارتد بعد الارسال فصار مرتدا ثم أخذ يحل لان المعتبر وقت الارسال
والرمي لا حالة الاخذ لان الارسال والرمي فعل الذكاة بمنزلة الذبح فيعتبر اسلامه ونحوه ردته عند الذبح لا عند زهوق الروح
وكذا الجناية تعتبر اسلامه وكفره وقت الارسال والرمي لا بعده وفي النوادر ولو ضرب الكلب الصيد فرده ثم ضربه ثانية فقتله
أكل وكذا لو أرسل كلبين فضرب أحدهما فرده ثم ضربه الآخر فقتله أكل وكذا لو أرسل رجلان كل واحد كلبه فرده أحدهما
وقتله الآخر يؤكل والصيد لصاحب الاول لان جرح الكلب بعد الجرح وما كان القتل حصل بفعل واحد الا أن الاول لما
أثخنه من أن يكون صيدا صار ملكا لصاحبه فلم يزل ملكه الثاني وفي الاصل ومن شرائط الارسال أن لا يكون المرسل محرما
وان لا يموت في الحرم حتى لا يجوز أكل صيد الحرم ولا ما اصطاده الحلال في الحرم وذكر زجر المجوسي ليفسد زجر المحرم لانه
أولى قال في الذخيرة الحلال اذا أرسل كلبه على الصيد فزجره المحرم فانزجر حل أكله وفي السراجية ان على المحرم الجزاء والله
أعلم قال رحمه الله ﴿وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر حل﴾ وهذا استحسان والقياس ان لا يحل لان الارسال حصل ذكاة
عند الاضطرار لتصور وفقد ذلك بوجود الارسال لعدم الذكاة حقيقة وحكما ولا يحل والزجر بناء عليه ولا يعتبر على ما بينا ووجه
الاستحسان ان الزجر عند عدم الارسال يجعل ارسالا لان انزجاره عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره فيحل اذ ليس في
اعتباره ابطال السبب بخلاف الفصل الاول ولا يقال الزجر دون الانفلات لانه بناء عليه ولا يرتفع الانفلات فصار مثل الفصل الاول
والجامع ان الزجر فيهما بناء على الاول لانا نقول الزجر ان كان دون الانفلات من هذا الوجه فهو فوقه من وجه آخر من حيث انه فعل
المكلف واستويا فيصح لا نفلات لان آخر الشيئين ينسخ ما سبق الاول كما في نسخ الاحكام بخلاف الفصل الاول لان الزجر لا يساوي
الارسال بوجه من الوجوه لان كل واحد منهما فعل المكلف والزجر بناء على الارسال فكان دونه من كل وجه ولا يرتفع به والبازي
كالكلب فيما ذكرنا ولو أرسل كلبه المعلم على صيد معين فأخذ غيره وهو على سننه حل وقال مالك رحمه الله تعالى لا يحل لانه أخذه بغير
ارسال اذ الارسال يختص بالمشار والتسمية وقعت عليه ولا تتحول الى غيره فصار كما لو أضجع شاة وسمى عليها ثم ذبح غيرها
بتلك التسمية وقال ابن أبي ليلى يتعين الصيد بالتعيين مثل قول مالك حتى لا يحل غيره بذلك الارسال ولو أرسل من غير تعيين يحل
ما أصابه خلافا لمالك وهذا بناء على ان التعيين شرط عند مالك وعندنا ليس بشرط ولكن اذا عين يتعين وعندنا التعيين ليس بشرط
ولا يتعين بالتعيين لان شرط ما يقدر عليه المكلف ان لا يكلف ما لا يقدر عليه والذي في وسعه ايجاد الارسال دون التعيين لانه لا يمكنه
ان يعلم البازي والكلب على وجه لا يأخذ الا ما عينه له ولان التعيين غير مفيد في حقه ولا في الكلب فالصيود كلها فيما يرجع الى
مقصوده سواء وكذا في حق الكلب لان قصده أخذ كل صيد تمكن من صيده بخلاف ما استشهد به مالك لان التعيين في الشاة
ممكن وكذا غرضه متعلق بعين فيتعلق التسمية بها القصد بالذبح وفيما نحن فيه بالآلة وهو أن أرسل فيه ما فيه من حتى يتمكن من

الصيد ثم أخذ الصيد فقتله لان ذلك عادة له يحتال لاخذه لا استراحة ولا ينقطع به فور الارسال وكيف ينقطع وقصد صاحبه يتحقق بذلك وعدد ذلك من الخصال الحميدة قال الحلواني للفهد خصال حميدة ينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه منها أن يكمن للصيد حتى يتمكن منه وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يتمكن منه فيحصل مقصوده من غير اتعاب نفسه ومنها انه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الي ولا أذل وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يذل نفسه فيما يعمل لغيره ومنها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي للعاقل ان يتعظ بغيره كما قيل السعيد من اتعظ بغيره ومنها ان لا يتناول الخبيث من اللحم وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يتناول الا الطيب ومنها ان يثب ثلاثا أو خمسا فان لم يتمكن من أخذه تركه ويقول لا أقتل نفسي فيما أعمل لغيري وهكذا ينبغي للعاقل وكذا الكلب اذا اعتاد الاختفاء لا ينقطع فور الارسال لما بينا في الفهد وينقطع الارسال بمكثه طويلا اذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما هو استراحة بخلاف ما تقدم ولو أرسل بازه المعلم على صيد فوقع على شئ ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله يؤكل اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة طويلة للتمكن ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدري أرسله انسان أو لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه ولكن ان كان مرسلا فهو مال الغير فلا يجوز تناوله الا باذن صاحبه قال رحمه الله ﴿وان رمى وسمى وجرح أكل﴾ لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية فتقدم الاول ظاهر يعني اذا رمى بآلة جارحة وسمى الى صيد فأصابه وجرحه يؤكل اذا جرح لقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله تعالى عليه فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد وقع في ماء فانه لا تدري الماء قتله أو سهمك رواه البخاري ومسلم وأحمد رحمهم الله تعالى وشرط لما روي عن ابراهيم عن عدي بن حاتم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رميت فسميت فخزقت فكل وان لم يخزق فلا تأكل من المعراض الا ما ذكيت ولا تأكل من البندقة الا ما ذكيت رواه أحمد ولا فرق في ذلك بين ان يصيب المرمي نفسه أو غيره من الصيد كما في ارسال الكلب على ما بينا وفي اطلاق قوله في المختصر فان رمى وسمى وجرح أكل اشارة اليه حيث لم يعين المرمي ولا المصاب حتى يدخل تحته ما اذا سمع حسا وظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا غير ما سمع حسه ثم تبين انه حس صيد يحل أكله سواء كان الصيد المسموع حسه مأكولا أو غيره بعد ان كان المصاب مأكولا لانه وقع اصطيادا أم قصده بذلك وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه خص من ذلك الخنزير لغلظ حرمته ألا ترى انه لا تثبت الاباحة في شئ منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلده وزفر رحمه الله تعالى خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الاصطياد لا يفيد الاباحة فيه ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فيكون داخلا تحت قوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فكان اصطياده مباحا واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبلها لحما أو جلدا وقد لا تثبت بالكلية اذا لم يقبلها المحل واذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى الى صيد فأصاب غيره وان تبين انه حس جراد وسمك ذكر في النهاية معزيا الى المغني ان المصاب لا يؤكل لان الذكاة لا تقع عليهما فلا يكون الفعل ذكاة وأورد على صاحب الهداية أنه حس صيد يحتاج في حل أكله الى الذبح أو الجرح وقال صاحب الهداية في آخر هذه المسئلة ولو رمى الى سمك أو جراد وأصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف لانه صيد وفي رواية أخرى عنه انه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما فكان يمكنه ان يخرج ما ذكره صاحب الهداية على رواية الحل فلا يرد عليه ما أورده ولا يحتاج الى زيادة ذلك القيد الذي ذكره وفي فتاوى قاضيخان لو رمى الى جراد أو سمك وترك التسمية فأصاب طائرا أو صيدا آخر فقتله حل أكله وعن أبي يوسف روايتان والصحيح أنه يؤكل وهذا أوضح من الكل فلا يرد عليه أصلا وان تبين ان المسموع حسه آدمي أو حيوان أهلي أو ظبي مستأنس أو موثق لا يحل المصاب لان الفعل لم يقع اصطيادا ولا يقوم مقام الذكاة ولو رمى الى الطائر فأصاب غيره من الصيود أو فر الطائر ولا يدري أهو وحشي أم لا حل المصاب لان الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى الى بعير فأصاب صيدا ولا يدري أهو ناد أم لا حيث لا يحل المصاب لان الاصل فيه الاستئناس فيحكم على كل واحد منهما بظاهر حاله ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فتبين انه صيد حل لانه لا عبرة بظنه مع تعينه صيدا ذكره في الهداية وقال في المنتقى اذا سمع حسا بالليل وظن أنه انسان أو دابة أو حية فرماه فاذا هو الذي سمع حسه صيد فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع حسه أو أصاب صيدا آخر فقتله لا يؤكل لانه رماه وهو لا يدري الصيد ثم قال ولا يحل الصيد الا بوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون الذي

أراده وسمع حسه ورمى اليه صيدا سواء كان مما يؤكل أو لا وهذا أيضا نص على ما ذكره في الهداية وهذا أوجه لأن الرمي الى الآدمي ونحوه ليس باصطياد فلا يمكن اعتباره ولو أصاب صيدا وما ذكره صاحب الهداية يناقض ما ذكره هو بنفسه أيضا من قوله وان تبين انه حس آدمي لا يحل المصاب وعلى اقتضاء ما ذكره هناك انه يحل لأن المصاب صيد كما في هذه المسئلة بل أولى لأن فيه مقصوده فيها صيد وفرق بينهما في النهاية بفرق غير خالص فلا حاجة الى ذكره وقال فيه لو رمى الى آدمي أو بقر ونحوه وسمى فأصاب صيدا مأكولا لا رواية لهذا في الأصل ولأبي يوسف رحمه الله تعالى فيه قولان في قول يحل وفي قول لا يحل فيحمل ما ذكره صاحب الهداية على رواية أبي يوسف فيه فيستقيم ولا حاجة الى الفرق ولو لم يتبين صاحب الحس ما هو لا يحل ما أصابه لاحتمال ان يكون المسموع حسه غير صيد ولا يحل المصاب بالشك والبازي والفهد في جميع ما ذكرنا كالكلب قال رحمه الله ﴿وان أدركه حيا ذكاه وان لم يذكه حرم﴾ لما روينا في الكلب من المعنى لأن كل واحد منهما ذكاة اضطرارا فيكون الوارد في أحدهما واردا في الآخر دلالة لاستوائهما من كل وجه قال رحمه الله ﴿وان وقع سهم بصيد فتحامل وغاب وهو في طلبه حل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لا﴾ يعني يحرم أكله لقوله عليه الصلاة والسلام لأبي ثعلبة اذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام وأدركته فكله ما لم ينتن رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائي وروي انه عليه الصلاة والسلام كره أكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الأرض قتلته فيحمل هذا على ما اذا قعد عن طلبه والأول على ما اذا لم يقعد ولأنه يحتمل ان يموت بسبب آخر فيعتبر فيما يمكن التحرز عنه لأن الموهوم في المحرمات كالمحقق وسقط اعتباره فيما لا يمكن التحرز عنه للضرورة لأن الاعتبار فيه يؤدي الى سد باب الاصطياد وهذا لأن الاصطياد يكون في الصحراء بين الأشجار عادة ولا يمكنه أن يقتله في موضعه من غير انتقال وتوار عن عينه غالبا فيعذر ما لم يقعد عن طلبه للضرورة لعدم امكان التحرز عنه ولا يعذر فيما اذا قعد عن طلبه لأن الاحتراز عن مثله ممكن ولا ضرورة اليه فيحرم وهو القياس في الكل الا انا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه وبقي على الأصل فيما يمكن وجعل قاضيخان في فتاواه من شروط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره وقال لأن الغالب اذا غاب الصيد عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله تعالى في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت ليلة لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله في أول المسئلة واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل فبنى الأمر على الطلب وعدمه لا على التواري وعدمه وعلى هذا التركيب فقهاء أصحابنا رحمهم الله تعالى ولو حمل ما ذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر وما رويناه من الحديث يبيح ما غاب عنه وبات ليالي فيكون حجة على من منع ذلك قال الزيلعي في شرح الكنز وجعل قاضيخان في فتاواه من شروط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لأنه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر ولا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على ان الصيد يحرم بالتواري وان لم يقعد عن طلبه اهـ أقول ليس الأمر كما زعمه الزيلعي فان الامام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التواري عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع ان لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لأنه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيت والانماء ما توارى عنك اهـ ولا شك ان قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره ولا يقعد عن طلبه نص على ان الصيد لا يحرم بمجرد التواري عن بصره والقعود عن طلبه معا وأما قوله لأنه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه الخ بقرينة سياق كلامه وأما اذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم امكان التحرز عن تواري الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التواري مطلقا حرج عظيم وهو مدفوع بالنص وقد أشار اليه المصنف بقوله الا انا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله وذكر في الشروح والكافي انه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحشي عقير فتبادر أصحابه اليه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسيأتي صاحبه

بهاء رجل فقال هذه رمتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر رضي الله تعالى عنه فقسمها بين الرفاق وإن وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فإن غاب عنك يوما ولم تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت وإن وجدته غريقا في الماء فلا تأكل رواه مسلم والنسائي وفي رواية أنه عليه الصلاة والسلام قال إذا وجدت سهمك ولم تجد فيه أثر غيره وعلمت أن سهمك قتله فكله رواه أحمد والنسائي وفي رواية أن عليا رضي الله تعالى عنه قال قلت يا رسول الله أرمي في الصيد فأجد فيه سهمي من الغد قال إذا علمت أن سهمك قتله ولم تر فيه أثر سبع فكل رواه الترمذي وصححه ولأنه يحتمل تحققت فيه الأمارة فيجوز بخلاف ما إذا كان بلا أمارة على ما بينا وحكم إرسال الكلب والبازي في جميع ما ذكرنا من الأحكام كالرمي قال رحمه الله ﴿ولو رمى صيدا فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض حرم﴾ لقوله تعالى والمتردية ولما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله تعالى عليه فإن وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده قد وقع في ماء فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك رواه البخاري ومسلم وأحمد ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي إذا رميت سهمك فكل وإذا وقع في الماء فلا تأكل رواه البخاري وأحمد ولأنه احتمل موته بغيره لأن هذه الأشياء مهلكة ويمكن الاحتراز عنها فتحرم بخلاف ما إذا كان لا يمكن التحرز عنه فيهدر وهو الحكم في المحتمل في هذا الباب وهذا فيما إذا كان فيه حياة مستقرة يحرم بالاتفاق لأن موته يضاف إلى غير الرمي وإن كانت حياته دون ذلك فهو على هذا الاختلاف الذي مر ذكره في إرسال الكلب ولو رمى إلى الصيد فأمال الريح السهم يمينا أو يسارا أو عدل عن سمته وأصاب صيدا لم يؤكل لأن حكم الرمي قد انقطع بالعدول وعن أبي يوسف أن حكم الرمي لا ينقطع بالتغير عن سمته ولو أصاب السهم حائطا أو صخرة فرجع فأصاب الصيد وقتله لم يؤكل ولو حدد عودا وطوله كالسهم ورمى به فأصاب بحده وخرق يؤكل وإلا فلا ولو رمى إلى صيد سهما فأصاب سهما موضوعا فرفعه فأصاب صيدا فقتله بخرق وجرح أكل لأن المرفوع إنما ارتفع بقوة السهم الأول فيكون نفوذه بواسطة الأول ألا ترى أنه لو أصاب آدميا وقتله يجب القصاص على الرامي ولو رمى بمعراض أو حجر أو بندقة وأصاب سهما ورفعه وأصاب السهم الصيد فقتله يحل ولو رمى سهما فعدلت به الريح عن سمته يمينا أو يسارا أو أصاب حائطا فعدل عن سمته ثم استقام ومر على سمته فأصاب الصيد وجرحه فلا بأس به ولا عبرة بهذه الزيادة بعد الاستقامة على سمته كذا في المحيط وفي الذخيرة ولو أن الريح أمالته يمينا أو يسارا أو أماما وردته عن سمته إلا أن ورائه لم يكن بأكله بأس وإذا رمى مسلم صيدا بسهم وسمى ثم رمى مجوسي فأصاب سهمه سهم المسلم فأخرجه يمنة ويسرة إلا أنه في سمته ذلك وأصاب الصيد وقتله فالصيد للمسلم ولكن لا ينبغي أن يأكله ولو رمى حلال سهما إلى صيد ثم رمى محرم فأصاب سهم المحرم سهم الحلال وزاد في قوته حتى أصاب الصيد فإنه لا يحل أكله وإرسال البازي كإرسال الكلب ولو رمى رجل صيدا بسهم وسمى ثم إن رجلا آخر رمى ذلك الصيد بسهم وسمى فأصاب سهم الثاني الأول وأمضاه حتى أصاب الصيد وجرحه وقتله فالمسألة على وجهين إن كان السهم الأول بحال يعلم أنه يبلغ الصيد بدون السهم الثاني إلا أن الثاني زاد في قوته فالصيد للأول ولم يذكر في الكتاب ما إذا كان لا يدري أن الأول هل يبلغ الصيد لولا الثاني قال مشايخنا ينبغي أن يكون الصيد للأول ويحل تناول هذا الصيد على كل حال ولو كان الرامي الثاني مجوسيا فأصاب سهمه سهم المسلم فإن علم أن سهم المسلم لا يصيب الصيد لولا سهم المجوسي فالصيد للمجوسي ولا يحل تناوله ولو علم أن سهم المسلم يصيب الصيد إلا أن سهم المجوسي زاد في قوته فالصيد للمسلم ويحل تناوله قياسا ولا يحل استحسانا ولو أن قوما من المجوس رموا سهامهم فأقبل الصيد نحو مسلم فارا من سهامهم فرماه المسلم وسمى فأصابه سهم المسلم وقتله فالمسألة على وجهين إن كان سهم المجوسي وقع على الأرض حين رماه المسلم لم يحل أكله إلا أن يدركه المسلم ويذكيه فحينئذ يحل لأنهم أعانوه على الرمي دون حقيقة الذكاة ولم يعتبر بالرمي مع وجود حقيقة الذكاة وإن وقعت سهام المجوسي على الأرض ثم رماه المسلم بعد ذلك وباقي المسألة بحالها حل أكله وكذلك المجوس إن أرسلوا كلابهم إلى صيد فأقبل الصيد هاربا فرماه المسلم فقتله أو أرسل كلبه إليه فأصابه الكلب فقتله إن كان رمي مسلم أو إرساله الكلب بعد رجوع كلاب المجوسي يحل وإن كان حال اتباع كلابهم لا يحل وكذا لو أرسل المجوسي صقرا له أو بازيا له فهوى الصيد إلى الأرض هاربا فرماه المسلم فقتله فإن كان رمي المسلم وإرساله حال اتباع صقر المجوسي وبازيه لا يحل وإن كان بعد الرجوع حل وكذا لو اتبع الصيد كلب غير معلم فأقبل الصيد فارا منه فرماه المسلم بسهم فهو على التفصيل الذي قلنا قال رحمه الله ﴿وإن وقع على الأرض ابتداء حل﴾ لأنه لا يمكنه التحرز عنه وسقط اعتباره لئلا ينسد بابه على ما بينا بخلاف ما إذا

أمكن التحرز عنه لأن اعتباره لا يؤدي إلى سد بابه واعتباره لا يؤدي إلى الحرج فأمكن ترجيح المحرم عند التعارض على ما هو
الأصل في الشرع ولو وقع على جبل أو سطح أو آجرة موضوعة فاستقر ولم يتردّ حلّ لأن وقوعه على هذه الأشياء كوقوعه على الأرض
ابتداء ولأنه لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره بخلاف ما إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على
جبل فتردى منه إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة حيث يحرم لاحتمال أن أحد هذه الأشياء
قتله بحده أو بترديته وهو يمكن الاحتراز عنه وقال في المنتقى لو رمى صيدا فوقع على صخرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل لاحتمال
موته بسبب آخر قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله تعالى وهذا خلاف إطلاق الجواب المذكور في الأصل فيما عدا هذا التفسير لأن
حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن ظاهر وبالرمي موهوم فيرد ذا الظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم فيحرم بخلاف ما إذا
لم ينشق ولم ينفلق لأن موته بالرمي هو الظاهر فلا يحرم ولا يحمل إطلاق الجواب في الأصل عليه وحمل السرخسي ما ذكر في المنتقى
على ما إذا أصابه حد الصخرة فانشق كذلك وحمل المذكور في الأصل على أنه إذا لم يصبه من الصخرة إلا ما يصيبه من الأرض أو وقع
عليه فعمل كذلك وهكذا التأويلين صحيح ومعناهما واحد لأن كلا منهما يحمل ما ذكر في الأصل على ما إذا مات بالرمي وما ذكره
في المنتقى على ما إذا مات بغيره وفي لفظ المنتقى إشارة إليه ألا ترى أنه قال لاحتمال الموت بسبب آخر أي غير الرمي وهذا يرجع إلى اختلاف
اللفظ دون المعنى ولا يبالى به وإن كان الطير المرمي مائيا فإن لم تنغمس الجراحة في الماء أكل وإن انغمست لا يؤكل لاحتمال الموت
به دون الرمي لأنه يدخل في الجرح الماء فيتسبب زيادة الألم فصار كما إذا أصابه السهم قال رحمه الله ﴿وما قتله المعراض بعرضه أو البندقة
حرم﴾ لما روينا من حديث إبراهيم ولما روي أن عدي بن حاتم قال للنبي صلى الله عليه وسلم إني أرمي الصيد بالمعراض فأصيب فقال
إذا رميت بالمعراض فخزق فكله وإن أصابه بعرضه فلا تأكله رواه البخاري ومسلم وأحمد ولما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى
عن الخذف وقال إنها لا تصيد ولكنها تكسر العظم وتفقأ العين رواه البخاري ومسلم وأحمد ولأن الجرح لا بد منه لما بينا من قبل
والبندقة لا تجرح وكذا عرض المعراض والمعراض سهم لا ريش له ولا نصل له وإنما هو حديد الرأس سمي الحديد معراضا لأنه يذهب
معترضا وتارة يصيب بعرضه وتارة يصيب بحده وإن رماه بالسكين أو السيف فإن أصابه بحده أكل وإلا فلا وإن رماه بحجر فإن كان
ثقيلا لا يؤكل وإن جرح لاحتمال أنه قتله بثقله وإن كان الحجر خفيفا وله حد وجرح أكل لتيقن الموت بالجرح حينئذ ولو جعل الحجر طويلا
كالسهم وهو خفيف وبه حدة ورمى به صيدا فإن جرح حل لقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة فلم تبضع بضعا لا يحل لأنه قتله دقا وكذا
إذا رماه بها فقطع أوداجه وأبان رأسه لأن العروق قد تنقطع بالثقل فيقع الشك ويحتمل أنه مات قبل قطع الأوداج ولو رماه بعود
مثل العصا ونحوه لا يحل لأنه قتله ثقلا لا جرحا إلا إذا كان له حد يبضع بضعا فيكون كالسيف والرمح والأصل في جنس هذه المسائل أن
الموت إذا حصل بالجرح بيقين حل وإن حصل بالثقل أو شك فيه فلا يحل حتما أو احتياطا وإن جرحه فمات فإن كان الجرح مدميا حل
بالاتفاق وإن كان غير مدم اختلفوا فيه قيل لا يحل لانعدام معنى الذكاة وهو إخراج الدم النجس وشرط النبي صلى الله عليه وسلم
إخراج الدم بقوله أنهر الدم بما شئت رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وقيل يحل لإتيانه ما في وسعه وهو الجرح وإخراج الدم ليس من
وسعه فلا يكون مكلفا به لأن الدم قد يحتبس لغلظه أو لضيق المنفذ بين العروق وقد قدمنا أن ذبح الشاة ولم يخرج منها الدم قيل يحل
أكلها وقيل لا يحل فالأول قول أبي بكر الإسكاف والثاني قول إسماعيل الصفار ووجه القولين دخل فيما ذكرنا وإن أصاب السهم
ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حل وإلا فلا وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم قال رحمه الله ﴿وإن رمى صيدا فقطع عضوا
منه أكل الصيد لا العضو﴾ وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه أكل إن مات الصيد منه لأنه مبان بذكاة الاضطرار فيحل
كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أبين بالذكاة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من بهيمة وهي حية
فما قطع منها فهو ميتة رواه ابن ماجه ذكر الحي مطلقا فينصرف إلى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لأن المبان منه
حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لأنه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبر هذا القدر من الحياة حتى لو وقع في الماء وفيه
هذا القدر من الحياة يحرم بخلاف ما إذا أبين بذكاة الاختيار لأن المبان منه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع في هذه الحالة في الماء أو
تردى من الجبل لا يحرم لأن موته قد حصل بالإبانة حكما فلا يضاف إلى غيره وإن كان حصل بذلك حقيقة أقول المقدمة القائلة إن
المطلق ينصرف إلى الكامل شائعة في ألسنة الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في أصول أئمتنا من أن المطلق

يجري على اطلاقه كان المقيد يجري على تقييده فتأمل في التوفيق وفي الاصل وحل أرسل كلبه على صيد فأخطأ ثم عرض له صيد آخر فقتله يؤكل وان فاته الصيد فرجع فعرض له صيد آخر في رجوعه فقتله لا يؤكل وقوله أبين بالذكاة فلما حال وقوعه لم تقع ذكاة لقيام الحياة في الثاني حقيقة وحكما على ما بينا وانما تعتمد الذكاة عند موته وفي ذلك الوقت لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه وانه بالانفصال فصار الاصل فيه ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يؤكل والمبان من الحي صورة لا حكما يؤكل لما ذكرنا من الاحكام من انه لا يؤثر فيه وقوعه في النهر في هذه الحالة يحل أكله في هذه الحالة وان كان يكره لما فيه من زيادة الايلام بقطع جزء ولا كذلك المبان منه بالاصطياد لانه حي حقيقة وحكما حتى لا يثبت له شيء من هذه الاحكام قال رحمه الله ﴿وان قطعه أثلاثا والاكثر مما يلي العجز أكل كله﴾ لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم سلامته وبقاؤه حيا بعد هذه الجراحة فوقعت ذكاة في الحال فيؤكل أكله كما اذا أبين رأسه في الذكاة الاختيارية وكذا اذا قده نصفين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس حيث يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي وان ضرب عنق شاة فأبان رأسها تحل لقطع الاوداج ويكره لما فيه من زيادة الالم بابلاغه النخاع وان ضربها من قبل القفا ان ماتت قبل قطع الاوداج لا تحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حلت ولو ضرب صيدا فقطع يده أو رجله ولم ينفصل حتى مات وان كان يتوهم التئامه اذا اندمل حل أكله لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي معلقا بجلده حل ما سواه دونه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال رحمه الله ﴿وحرم صيد المجوسي والوثني والمرتد﴾ لانهم ليسوا من أهل الذكاة حالة الاختيار فكذا حالة الاضطرار وكذا المحرم لانه ليس من أهل الذكاة الاختيارية في حق الصيد فلا يكون من أهل الذكاة الاضطرارية فيه ويؤكل صيد الكتابي لانه من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال رحمه الله ﴿وان رمى صيدا فلم يثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للثاني وحل﴾ لانه هو الآخذ له وقال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وانما حل لانه لما لم يخرج بالاول من حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح في أي موضع كان وقد وجد قال رحمه الله ﴿وان أثخنه فللاول وحرم﴾ لانه لما أثخنه الاول قد خرج من حيز الامتناع وصار قادرا على ذكاته الاختيارية فوجب عليه ذكاته لما رويناه فلم يذكه وصار الثاني قاتلا له فيحرم وهو لو ترك ذكاته مع القدرة عليه يحرم فبالقتل أولى ان يحرم بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان بحال يسلم من الاول لان موته يضاف الى الثاني أما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى من المذبوح كما اذا أبان رأسه يحل لان موته لا يضاف الى الرمي الثاني فلا اعتبار لوجوده لكونه ميتا حكما ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم كوقوعه بعد موته ولو كان الرمي الاول بحال لا يعيش به الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح بان كان يبقى يوما أو دونه فعند أبي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة يعتبر عنده فصار حكمه كحكم ما اذا كان الاول يسلم منه ولا يحل قال رحمه الله ﴿وضمن الثاني للاول قيمته غير ما نقصته جراحته﴾ أي ضمن جميع قيمة الصيد غير ما نقصته جراحته الاولى لانه أتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان فيلزم قيمته ما أتلفه وقيمته وقت اتلافه كان ناقصا بجراحة الاول فيلزم ذلك لان قيمة المتلف تعتبر وقت الاتلاف فصار كما لو أتلف عبدا مريضا أو شاة مجروحة فانه يلزمه قيمته متقوما بالمرض أو الجرح وقال صاحب الهداية وغيره تأويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يسلم منه والثاني بحال لا يسلم منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كاملا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال صاحب الهداية قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة اللحم أما الاول وهو ما نقصته جراحته فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمنه أولا وأما الثاني وهو ضمان نصف قيمته حيا فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه يعني الجراحة الاولى ما كانت بصنع الثاني ولا يضمنها والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانية أي الجراحة الثانية ومراده ما نقص بجراحته ضمنها مرة وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولا وأما الثالث وهو ضمان نصف اللحم فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن نصف القيمة الآخر لانه ضمنه من حيث ضمن نصف قيمته حيا فدخل ضمان اللحم وهذا يوهم ان بين المسئلتين فرقا أعني بين ما اذا حصل القتل بالثاني وحده أو بهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما لانه في الموضعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحته

الأول إلا أنه بين في المسألة الأولى جميع الحاصل وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيخان أي علم الفرق بين المسألتين
بيانه أن الرامي الأول إذا رمى صيدا يساوي عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثاني فنقصه درهمين ثم مات فعلى الطريقة الأولى يضمن
الثاني ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان لأن ذلك تلف بجرح الأول وهو المراد بقوله غرم ما نقصته جراحته وعلى الطريقة الثانية
يضمن درهمين أولا لأن ذلك القدر من النقصان حصل بفعله وهو المراد بقوله في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم بقي من
قيمته ستة فيضمن نصفها وهو ثلاثة دراهم وهو المراد بقوله ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين يعني به نصف قيمته حيا ثم
إذا مات ضمن النصف الآخر بعد الموت وإن كان سويت اللحم فيه موجود القتله لأنه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه بعد
الموت كان يتكرر الضمان فإن يضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمته لحما بعد الموت وهذا لا يجوز وهذا إذا كانت حياته خفيفة بقدر
المذبوح فلا يضمن الثاني ويؤكل لأن موته لا يضاف إلى الثاني وهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم وقد ذكرناه من قبل وعنه
وقع الاحتراز بقوله فإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري ولو رمياه معا فأصابه أحدهما قبل الآخر فأثخنه ثم أصابه
الآخر أو رماه أحدهما أولا ثم رماه الثاني قبل أن يصيبه الأول أو بعدما أصابه قبل أن يثخنه فأصابه الأول فأثخنه أو أثخنه ثم أصابه
الثاني فقتله فهو للأول ويؤكل وقيل لا يؤكل أو لا يحل أكله لأنه حال إصابة الثاني غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار فصار كما إذا رماه
الثاني بعدما أثخنه الأول قلنا عند رمي الثاني هو صيد ممتنع فوقع رميه ذكاة ولهذا اشترط التسمية عند الرمي وكذا الامتناع يعتبر
عنده إلا أن الملك يثبت للأول لأن سهمه أخرجه عن حيز الامتناع فملكه به قبل أن يتصل سهم الثاني به فحاصله أن المعتبر في حق الحل
والضمان وقت الرمي لأن الرمي إلى صيد مباح ولا ينعقد سببا لوجوب الضمان فلا ينقلب موجبا بعد ذلك وهو ذكاة فيحل المصاب
لأن الحل يحصل بفعله وفعله هو الرمي والإرسال فيعتبر وقته وفي حق الملك يعتبر وقت الإثخان لأن به يثبت الملك وقد يعتبر وقت
الإثخان فيهما لو رمياه معا وأصاباه معا فمات منهما وهو بينهما لاستوائهما في السبب والبازي والكلب في هذا كالسهم حتى يملكه
بإثخانه ولا يعتبر إمساكه بدون الإثخان حتى لو أرسل بازيه فأمسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه وأرسل الآخر بازيه فقتل ذلك
الصيد فإن الصيد للثاني وحل لأن يد البازي الأول ليست بيد حافظة لتقام مقام يد المالك أما القتل فهو إتلاف والبازي من أهل
الإتلاف فينتقل إلى صاحبه ولو رمى سهما فأصاب الصيد فأثخنه ثم رماه ثانيا فقتله حرم لما بينا قال رحمه الله ﴿وحل اصطياد ما يؤكل
لحمه وما لا يؤكل﴾ لقوله تعالى وإذا حللتم فاصطادوا وإطلاقه من غير قيد بالمأكول ولأن الصيد لا يختص بالمأكول قال الشاعر

صيد الملوك أرانب وثعالب * وإذا ركبت فصيدك الأبطال

ولأن الاصطياد سبب الانتفاع بجلده أو ريشه أو شعره أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب الرهن﴾

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث إن كل واحد من الرهن والصيد سبب لتحصيل المال والكلام في الرهن يقع
في مواضع الأول في معناه لغة والثاني في دليله والثالث في ركنه والرابع في شرط لزومه والخامس في شرط جوازه والسادس
في حكمه والسابع في سببه والثامن في صفته والتاسع في معناه عند الفقهاء والعاشر في محاسنه أما معناه لغة فهو عبارة عن الحبس بأي
شيء كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي محبوسة بما كسبت من المعاصي يقال رهنت الشيء وارتهنته والجمع رهن
ورهون ورهان والرهن المرهون تسمية بالمصدر وأما دليله فقوله تعالى فرهان مقبوضة أمر بأخذ الرهن وقبضه حال المداينة
وأما ركنه فهو الإيجاب وهو قول الراهن رهنت عندك هذا الشيء بمالك علي من الدين أو نحوه والقبول شرط فيه لأن الرهن عقد
تبرع لأنه لم يستوجب الراهن بمقابلته شيئا والتبرع يتم بالإيجاب من غير قبول حتى لو حلف لا يرهن فرهن ولم يقبل الآخر يحنث وأما
الرابع وهو شرط اللزوم فهو القبض وأما الخامس وهو شرط الجواز فكونه مقسوما مفرغا عن الشغل متميزا عن الغير وأن يكون
الرهن بحيث يمكن الاستيفاء منه كالدين حتى لا يصح الرهن بما ليس بمال كالحدود والقصاص والعتق وأما حكمه فملك المرتهن
المرهون في حق الحبس حتى يكون أحق بإمساكه إلى وقت إيفاء الدين في حال الحياة وأما إذا مات الراهن فهو أحق به من سائر
الغرماء فيستوفي منه دينه وما فضل فهو للغرماء وأما سببه فهو الحاجة إليه لأن الإنسان قد لا يجد من يقرضه مجانا من غير رهن
أو يصبر عليه بغير رهن وأما صفته فقال عامة العلماء بأن الرهن مضمون على المرتهن كما سيأتي بيانه وأما التاسع وهو تفسيره شرعا

فسنتكلم عليه المؤلف وأما العاشر وهو محاسنه فهو فك عسرة الطالب عن الراهن ووثوق قلب المرتهن بما يحصل ماله ولو ارتهن على أنه ان ضاع بغير شئ وأجاز الراهن جاز الرهن وبطل الشرط لانه تغيير لمقتضاه وهو حكم مشروع وتبديل المشروع لا يجوز والمقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله تعالى لو رهن نصف دار وسلم الدار الى المرتهن وهلكت لم يذهب من الدين شئ وهكذا ذكر في نوادر هشام عن محمد رحمهما الله تعالى انه في الرهن الفاسد لا يذهب بهلاكه الدين وفي الجامع الكبير لو اشترى مسلم خمرا أو رهن ثم مرهما فضاع الرهن عنده لا يضمن لانه رهن باطل في الاول ينعقد فاسدا والله أعلم وسيأتي له من بديان عند قوله مضمون بالاقل من قيمته وفي الكبرى لو شرط عليه ان يضمن الفضل عن الدين فالشرط باطل قال رحمه الله ﴿هو حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين﴾ وهذا حده في الشرع كذا قال الشارح وقال قوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو حق أمكن استيفاؤه من الدين لعدم تعينه وأما العين فلا يمكن استيفاؤها من الرهن ولا يجوز الرهن بها الا اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلي فيها المثل أو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته ويمتنع وجوب الزكاة عمن هو في يده وماله بقدر القيمة ولو كان الواجب هو العين لما انتفت هذه الاحكام وعند البعض وان كان الموجب الاصلي رد العين فرد القيمة مخلص ولا يجب الضمان الا بعد الهلاك بالسبب السابق ولهذا تعتبر قيمته بالقبض فيكون رهنا بالموجود بسبب وجوبه فيصح كما هو في الكفالة بخلاف الاعيان الامانة اهـ فان قيل هذا التعريف للرهن التام أو اللازم والا في انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض أجيب بأن المراد انه يتحقق بانعقاد معنى الرهن معنى جعل الشئ محبوسا ونحوه الا ان الشارع جعل للعاقد الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك الا بالقبض والمأخوذ في التعريف المذكور في الكتاب للمرتهن انما هو نفس الحبس لا لزومه فيصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا ولو قال هو عقد يرد على معنى حبس العين بحق يمكن استيفاؤه منه لكان أولى وقولنا على معنى حبس الى آخره لان العقد لا يوجب حقيقة الحبس لانها بالقبض بل يوجب نفس الحبس وقول الامام الزيلعي ان قوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه فلما المتبادر اليه من الكاف انه يجوز الرهن بغير الدين أيضا كما ذكرت أمثلته وقوله شئ صادق على ما لو عين ذلك أولا وعلى ما اذا كان على كل الدين أو بعضه وعلى ما اذا قبض الدين أولا قال قاضيخان رجل دفع الى رجل ثوبين وقال خذ أيهما شئت بالمائة التي علي فأخذهما فضاعا في يده قال الثاني لا يذهب من الدين شئ وجعله بمنزلة رجل عليه عشرون درهما يدفع المديون الى الطالب مائة وقال خذ منها عشرين بدينك فضاعت المائة قبل ان يأخذ منها عشرين ضاعت من مال المديون والدين على حاله ولو قال خذ أحدهما رهنا بدينك فأخذهما فضاعا في يده وقيمتهما سواء قال الثالث يذهب نصف قيمة كل واحد منهما بالدين ان كان مثل الدين رجل عليه مائة فأعطى الدائن ثوبا وقال خذ هذا ببعض حقك فهلك يهلك بقيمته قال أبو يوسف لما ساء المرهون أخذ الرهن ولم يدفع شيئا فضاع في يده قال أبو يوسف عليه قيمة الرهن أقرض آخر خمسين درهما فقال المقرض لا يكفيك هذا القدر ولكن أبعث لك ما يكفيك فبعث فدفع اليه فضاع في يده فعلى المرتهن الاقل من قيمة الرهن ومن الخمسين واشتراط خيار الشرط ثلاثة أيام في الرهن غير جائز في المرتهن لانه يملك فسخه من غير خيار الشرط فلا فائدة في اشتراطه وللراهن جائز لانه يحتاج الى الخيار فيه وهو في معنى البيع فيصح اثبات الخيار له فيه كذا في الاصل قال رحمه الله ﴿ولزم بايجاب وقبول ويتم بقبضه محوزا مفرغا مميزا﴾ وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع ولكنه ينعقد بهما ويتم بالقبض فيلزم به قال في العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنت والقبول وهو قول المرتهن قبلت ثم قال بانه عقد والعقد ينعقد بهما أو رد عليه بأن صاحب المحيط صرح بانه عقد تبرع يتم بالايجاب وحده وهو قول عامة المشايخ وقال الامام مالك رضي الله تعالى عنه يلزم بالايجاب والقبول كالبيع والاجارة وقوله محوزا مفرغا مميزا احترز بالاول عن المشاع وبالثاني عن المشغول وبالثالث عن المتصل اذا قبضه كذلك ثم هذا بيان الرهن بالقول وسنبين ما يصير رهنا بالفعل قال رحمه الله ﴿والتخلية فيه وفي البيع قبض﴾ قال الشارح والصواب ان التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع الموانع عن القبض وهو فعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم لانا اكتفي بالتخلية لانه غاية ما يقدر عليه والقبض فعل لغيره فلا يكلف به وهو ظاهر الرواية وعن الثاني ان في المنقول لا بد من النقل والاول أصح والقياس على الغصب

باطل

باطل لأن قبض الرهن مشروع فيشبه البيع فيكتفى بالتخلية والغصب ليس بمشروع فلا حاجة إلى ثبوت يده دون قبض حقيقة وهو النقل ووضع اليد ولا يرد القبض بالصرف لأنه لا بد فيه من القبض حقيقة لأنه ورد على خلاف القياس قال رحمه الله ﴿وله أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتهن﴾ لما ذكرنا أنه متبرع ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلم بالكلية وفيه خلاف مالك واختلفوا في القبض قال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده الرهن قبل القبض جائز غير لازم وإنما يصير لازما في حق الراهن بالقبض اهـ وإنما يصير لازما في حق المرتهن بالدفع وقبض الراهن الدراهم ولو قال وللراهن أن يرجع ما لم يتم بالتسليم لكان أولى لأنه في حكم الراهن والمرتهن ولا يقال قوله وله أن يرجع المفيد أن عقد الرهن تبرع في حق الراهن فافيه ما نقل في المحيط وغيره رهن عنده دابتين على مائة ودفع له دابة وقبض منه خمسين وطلب المرتهن الدابة الأخرى وامتنع من قرض الخمسين الباقية يجبر الراهن على قرض الخمسين لأن الرهن لازم من جانب الراهن فما شرط عليه يجبر على دفعه غير لازم في حق المرتهن فلا يجبر على دفعه اهـ لأنا نقول هو تبرع في حق الراهن قبل دفع شيء من الرهن فلا منافاة ولم يتعرض المؤلف رحمه الله تعالى للراهن بالفعل وسنذكر ذلك تتميما للفائدة قال في الذخيرة من كان له دين على رجل فتقاضاه فلم يقضه فرفع العمامة عن رأس المديون رهنا بدينه وأعطاه منديلا صغيرا يلفه على رأسه وقال أحضر ديني لأردها عليك فذهب الرجل وجاء بدينه بعد أيام وقد هلكت العمامة قال هلكت بالدين وفي السراجية إذا أخذ عمامة المديون بغير رضاه لتكون رهنا لم يكن رهنا بل غصبا وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رجل اشترى من رجل جارية بألف درهم وأبى البائع أن يدفعها إليه حتى يقبض الثمن وقال المشتري لا أدفع لك الثمن حتى أقبضها فاتفقا على وضع الثمن على يد عدل حتى يقبض الثمن يدفعها إليه فوضع رهنا بالثمن فهلك هلك من مال البائع وفي الفتاوى الكبرى رهن عبدا بكر حنطة فمات العبد فظهر أن الكر ليس على الراهن فعلى المرتهن قيمة كر دون العبد وفي التتمة رجل عليه ثمن عين اشتراها دنانير ودفع للبائع صرة فيها دنانير فقال خذ هذه الصرة حتى استبدل الثمن ثم هلكت تهلك من مال البائع قال قلت تهلك هلاك الرهن أم بقدر الثمن قال هلاك الثمن فإن ظهر أن دينه أجود لا يرجع بالجودة في قول الإمام ومحمد حيث كانا في الوزن سواء قال رحمه الله ﴿وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين فلو هلك وقيمته مثل الدين صار مستوفيا دينه وإن كان أكثر من دينه فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفيا دينه وإن كان أقل صار مستوفيا بقدره ويرجع المرتهن بالفضل﴾ وقال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه الرهن كله أمانة ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن الذي هلك عنده الفرس ذهب حقك وقوله عليه الصلاة والسلام إذا هلك الرهن فهلك الدين أو ما معناه وأجمع الصحابة والتابعون على ذلك وبيان الدليلين من الجانبين في المطولات وفي الكافي بيانه إذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن يسقط دينه وإن كان قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى وإن كانت قيمته خمسة عشرة فالفضل أمانة عنده وفي الينابيع الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وفائدة هذا تظهر في مسائل منها إذا رهن عبدا بألف درهم وقيمته ألفان فأبق فرده رجل من مسيرة ثلاثة أيام فإن الجعل على الراهن وعلى المرتهن نصفان لأن العبد نصفه مضمون بالدين ونصفه أمانة فيكون الجعل بينهما بالحصص ومنها مداواة الأمراض والجروح لأنه ينقسم ذلك على المضمون وعلى الأمانة بالحصص وما أصاب المضمون فعلى المرتهن وما أصاب الأمانة فعلى الراهن ولو قال وهو مضمون بالأقل من قيمة المضمون ومن الدين لكان أولى ليشمل ما إذا كان قيمة المرهون أكثر من الدين في الأصل والباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا أصلا كالباطل من البيع والفاسد ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد والمقابل به يكون مالا مضمونا في كل موضع لم يكن الرهن مالا ولم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا وهو الباطل وتعتبر قيمة الرهن يوم القبض ولم يذكر المؤلف أحكام غلبة الماء على الأرض المرهونة قال في المحيط أرض مرهونة غلب عليها الماء فهي بمنزلة العبد إذا أبق لا يهلك بما يزول عنها الماء فتكون الأرض متعلقا بها فلا يسقط الدين لاحتمال العود كالآبق ولو رهن عبدا حلال الدم أو سرق عند الراهن فقطع عند المرتهن وذلك من صنع الراهن ولم يذهب من الدين شيء وبقي مرتهنا بجميع الدين عند الإمام وعندهما السرقة عيب فيقوم سارقا وحلال الدم وغير سارق وغير حلال الدم فيسقط من الدين بمقدار قيمته حلال الدم والقطع ويكون رهنا بحصته قيمته كذلك ولو وجب عليه حد القذف أو الزنا عند المرتهن أو دخله عيب فيسقط من الدين بقدره رهن ثوبا يساوي خمسة دراهم ومثقال ذهب يساوي عشرة بخمسة دراهم فهلك الذهب ولبس الثوب حتى انخرق ضمن قيمة الثوب بحسابه

من ذلك درهم وثلثان لانه ذهب بذهاب الذهب ثلثا الدين وذلك ثلاثة دراهم وثلث درهم لان بازاء الذهب ثلثي الدين وبازاء الثوب ثلثه فاذا ذهب الذهب واستهلك الثوب يذهب بذهاب الثوب ثلث الدين ويضمن مثقال الذهب ويكون رهنا عنده بثلاثة دراهم وثلث وذكر المؤلف رحمه الله تعالى حكم هلاك العين المرهونة في يد المرتهن ولم يذكر حكم نقصانها قال في الخلاصة اذا انتقصت العين المرهونة في يد المرتهن ان كان النقصان في عينها سقط من الدين بقدره اه ولم يتعرض لما اذا كان بالدين رهنان من جهتين مختلفتين قال في الصحاح رجل عليه دين لآخر وبه كفيل فأخذ الطالب من الكفيل رهنا ومن الاصيل رهنا أحدهما بعد الآخر بكل واحد وفاء بالدين فهلك أحد الرهنين عند المرتهن قال زفر رحمه الله تعالى أيهما هلك هلك بكل الدين وقال الامام أبو يوسف رحمه الله تعالى اذا هلك الرهن الثاني فان كان الراهن علم بالرهن الاول فان الثاني يهلك بنصف الدين وان لم يعلم فانه يهلك بجميع الدين وذكر في كتاب الرهن ان الثاني يهلك بنصف الدين ولم يذكر العلم والجهل وهو الصحيح لان كل واحد منهما ابطال بجميع الدين فيجعل الرهن الثاني زيادة في الرهن الاول فان كانت قيمتهما سواء قسم الدين عليهما فالثاني اذا هلك يهلك بنصف الدين وقد قلنا لو شرط انه اذا ضاع يكون بحسابه فالشرط باطل ويهلك بالدين ولم يتعرض لما اذا هلك في يد المرتهن بعد ان أبرأه الراهن أو وهبه الدين أو أحاله به قال في الخلاصة لو أبرأه عن الدين أو أحاله به أو وهبه له والعبد في يد المرتهن فهلك في يد المرتهن من غير أن يمنعه عنه لا يضمن استحسانا وهو قول أصحابنا الثلاثة بخلاف ما لو أبرأ الراهن فيما بقي من الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن وجب عليه رد ما قبض ولو تصادقا على ان لا دين يبقى مضمونا ولو أحال المرتهن الراهن بالرهن على انسان عنده الرهن ثم مات العبد المرهون قبل ان يرد ٧ فيه وتبطل الحوالة وفي المبسوط مسائله على فصول أحدها في هلاك الرهن قبل الابراء والثاني في هلاكه بعد الاستيفاء والثالث في هلاكه بعد فسخ الرهن واقالته والرابع في هلاكه بعد استعماله قال رحمه الله ﴿وهب المرتهن الدين من الراهن أو أبرأه عنه فهلك الرهن عنده من غير منع لم يضمن المرتهن﴾ قياسا وهو قول زفر ولا يضمن استحسانا ولو منعه حتى هلك ضمن قيمته اتفاقا ووجه القياس ان الرهن صار مضمونا على المرتهن بالقبض واليد لانه يصير مستوفيا الدين بيده على الرهن بدا استيفاء الدين ويتقرر ذلك بالهلاك وصار كأنه استوفى ثم أبرأه فيبقى مضمونا عليه لبقاء اليد والقبض وكذا هذا ووجه الاستحسان ان الضمان قد ارتفع قبل تقرر حكمه ووجوبه لان ضمان الرهن انما يجب اما بحقيقة الرهن أو بجهته وقد ارتفع العقد والجهة بسقوط الدين فانتفى الضمان وذلك لان قيام الدين ودوامه شرط بقاء الرهن لان الرهن شرع توثيقا وتوكيدا للدين وبعد سقوطه لا يتصور توثيقه وتوكيده فلا فائدة في بقاء الرهن فلا يبقى فاعل الضمان لارتفاع مناطه فبقيت العين أمانة في يده بخلاف الاستيفاء لان الاستيفاء يتقرر بالدين ولا يسقط أصلا ولهذا صحت الهبة والابراء بعد الاستيفاء حتى يلزمه رد ما استوفاه ولا تصح الهبة والابراء بعد هبة الدين وابرائه ولو أخذت المرأة رهنا بصداقها ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها ثم هلك الرهن هلك بنصف الصداق لان الصداق قد سقط فصار كالبراءة عن الدين ولو قبض المرتهن حقه ثم هلك الرهن عنده ولم يمنعه من قبضه وقيمته مثل الدين رد ما قبض لان الدين لم يسقط بالاستيفاء من وجه في حق بعض الاحكام وان سقط في حق المطالبة لما بينا فصار مستوفيا ما قبض بعدما استوفاه مرة حكما بالهلاك فيلزمه رد ما قبض آخرا ولو كان الدين طعاما اقرضا فاشتراه من هو عليه بدراهم ودفعها الى المرتهن ثم هلك الرهن فعلى المرتهن رد مثل ذلك الطعام وتبين بهذه المسألة ان المرتهن يصير مستوفيا وقت الهلاك دون القبض لانه لو صار مستوفيا من وقت القبض لما جاز البيع لانه ليس في ذمة الراهن شيء فقضى أجنبي دين المرتهن تطوعا ثم هلك الرهن في يد المرتهن رد المال على المتطوع لانه استوفى الدين من الراهن بالهلاك بعدما استوفاه من المتطوع فيجب عليه ذلك كما اذا استوفاه من الغريم ثم هلك الرهن تصادق الراهن والمرتهن ان لا دين بعد ان اعتقا انه ألف وهلك الرهن فعلى المرتهن ان يرد الالف لان الرهن حين هلك كان مضمونا بالدين لانهما لم يتصادقا ان لا دين قبل الهلاك فصار المرتهن مستوفيا الدين حكما بالهلاك فصار كما لو استوفاه حقيقة ولو تصادقا ان لا دين قبل الهلاك اختلف المشايخ فيه قيل يهلك امانة لان الرهن حصل بدين مضمون يتوهم وجوبه فصار الرهن مضمونا بدين مظنون فذا زال التوهم بالتصادق على ان لا دين يزول الضمان كما لو زال بالابراء والهبة وقيل يضمن لان توهم وجوب الدين لم يزل بتصادقهما على ان لا دين لان تصادقهما على عدم الدين لا يمنعهما عن التصادق على الوجوب بعد ذلك لجواز ان يتذكرا بعدما تصادقا انه كان عليه دين وان بقي توهم الوجوب بقي مضمونا عليه لان بمثله يثبت الضمان وهو توهم الاقتراض منه في الثاني بامتناعه الاقراض لم يزل لجواز ان يكون

أقرضه بعد ذلك فيكون مضمونا عليه وكذلك لو أخذ عبدا على أن يقرضه ألفا ثم هلك العبد فإن كانت قيمته أقل من ألف ضمن
قيمته لأنه بجهة الرهن مقبوض وصار كالمقبوض بحقيقة الرهن لأن المقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على سوم الشراء ولو أسلم
في طعام وأخذ به رهنا ثم تفاسخا العقد كان له أن يحبس الرهن حتى يقبض رأس المال لأن رأس المال بدل على المسلم فيه فظهر أن
الرهن في حق البدل فإن هلك الرهن في يده هلك بالطعام لأنه كان مضمونا بالطعام والفسخ لم يسقط الطعام أصلا ما لم يصل إليه رأس
المال فبقي مضمونا به كما كان بخلاف ما لو أبرأه عن الدين لأن هناك سقط الضمان أصلا لسقوط الدين أصلا ولو اشترى عبدا ثم تقابضا
ثم تفاسخا كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لأنه عند الفسخ بدل ملك البائع وكذلك لو أسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا
ثم تقايلا كان له أن يحبس الرهن حتى يقبض المبيع فإن هلك الرهن في يده هلك بالثمن على ما بينا أسلم خمسمائة في طعام ورهن به عبدا
يساوي الطعام وقبضه ثم صالح على رأس المال فالقياس أن لا يقبض الراهن العبد ورأس المال دين عليه وفي الاستحسان يحمل رهنا
بدينه ويكون مضمونا وجه القياس أن رأس المال غير المسلم فيه حقيقة وحكما لأنه ليس ببدل عن الطعام لأن الطعام وجب بالعقد
ورأس المال وجب بالإقالة وهما ضدان فإذا وجب بأحدهما لا يعتبر بدلا عن الآخر والرهن بالطعام لا يكون رهنا وجه الاستحسان أن رأس
المال بدل عن المسلم فيه قائم مقامه لأنه كان بدلا له في العقد وبالإقالة والصلح لما سقط حقه في المسلم فيه عاد حقه إلى بدله لأنه وإن كان
دينا سادنا لكن لما قام مقام المسلم إثباتا وإسقاطا فالرهن بالمسلم فيه يكون رهنا بما قام مقامه كالرهن بالمغصوب رهن بقيمته لأنها قائمة مقامه
فإذا استوفى رأس المال ثم هلك عنده العبد من غير صنع يعطيه المرتهن مثل الطعام الذي كان له على المسلم إليه ويأخذ منه رأس المال
أقرض رجلا كر حنطة وارتهن منه ثوبا قيمته مثله أو صالحه من عليه الحنطة على كر شعير بعينه ويصير الثوب رهنا بالشعير فإذا هلك
يهلك مضمونا بالحنطة لأنه بريء عن الحنطة فصار كما لو بريء بالإيفاء ويجوز أن يكون الشيء رهنا ولا يكون مضمونا كزوائد الرهن
يكون محبوسا ولا يكون مضمونا وذلك لأن الرهن استيفاء حكمي والاستيفاء الحكمي لا يربو على الاستيفاء الحقيقي ولو استوفى
المسلم فيه حقيقة ثم تقايلا السلم صحت الإقالة ويرد عليه طعاما مثله ويأخذ رأس ماله فكذا إذا اصطلحا بعد الاستيفاء الحكمي
وفي مسألة القرض لو صالحه على الشعير بعدما استوفى الحنطة حقيقة لم يجز الصلح لأنه لو صالحه على دين وليس عليه ذلك الدين لا يصح
أصلا فكذا إذا اصطلحا بعد الاستيفاء الحكمي ولو وجب له رأس المال بعد الصلح ثم هلك العبد عليه طعام مثله لأن الإقالة لم تبطل
بهبة رأس المال لأن الإقالة في السلم لا تقبل البطلان فبقي الرهن مضمونا بالمسلم فيه وذكر مسئلة في الصرف الثانية اشترى ألف درهم
بمائة دينار وقبض الألف فقبض بالمائة الدينار رهنا بها ثم تفرقا فسد البيع لأن الافتراق قبل قبض الدنانير وصارت الدراهم
مقبوضة في يد مشتريها بحكم صرف فاسد وليس له أخذ الرهن حتى يرد الألف فإن هلك الرهن عنده رجع صاحبه عليه بمائة دينار
والمرتهن بالألف لأن الدراهم بدل عن الدنانير والرهن بالشيء يكون رهنا به وببدله فيكون محبوسا بالدنانير مضمونا بالدراهم فإذا
هلك الرهن صار مستوفيا للدنانير بحكم صرف فاسد فكان على المرتهن رد الدنانير وعلى الراهن رد الدراهم فإن لم يفترقا حتى ضاع
الرهن فهو بالمائة الدينار لأنه صار مستوفيا للدنانير في المجلس حكما بهلاك الرهن فيصير كما لو استوفى حقيقة فكان الصرف
جائزا ولو ادعى على آخر فأنكره فصالحه على خمسمائة فأعطاه به رهنا وهلك الرهن ثم اتفقا على أن لا دين يجبره على قضاء خمسمائة
درهم للمرتهن لأنه أخذ الرهن بدين ثابت من حيث الظاهر بدليل أن القاضي بعد الصلح قبل التصادق أن لا دين يجبره على
قضاء خمسمائة درهم والرهن بدين ثابت ظاهرا مضمون على المرتهن لأن الرهن المقبوض بجهة القرض مضمون مع أن الدين غير
ثابت فالرهن بدين ثابت ظاهرا أولى أن يكون مضمونا لأن الرهن علاك في حق ملك اليد والحبس بإزاء ما عليه من الدين والراهن لم يرض
بمقابلته مجانا لأن الرهن بشرط العوض وهو سقوط الدين بإزائه ولو كانت الدعوى في وديعة فقال المودع رددتها ثم اصطلحا على خمسمائة
وأخذ بها رهنا فهلك ثم تصادقا أنه ردها فالرهن غير مضمون عند أبي يوسف وهي كالمسئلة التي قبلها ولو ادعى صاحب الوديعة
استهلاكا ولم يدع المودع شيئا حتى صالحه ثم رهنه فهلك الرهن ثم اتفقا على الهلاك هلك الرهن مضمونا بلا خلاف وذكر محمد رحمه
الله رجوع أبي يوسف رحمه الله عن هذا القول إلى قول محمد رحمهما الله تعالى وهو الصحيح وهذا بناء على أن هذا الصلح
لا يجوز في قوله أولا وفي قوله الآخر يجوز وهو قول محمد وجه قوله الأول أن البراءة عن الضمان ثبتت بقول المودع كان الصلح باطلا
ووجه قوله الآخر مذكور فيه وقوله مضمون قال في العناية قيل ذكر مضمون للتأكيد وقيل احترازا عن دين يجب كالرهن بالدرك

وهو ضمان الدرك عند استحقاق المبيع ولم يتعرض المؤلف لمسئلة الكتاب قال في المبسوط رهن قلب فضة على ان يقرضه درهما فهلك قبل ان يقرضه يعطيه درهما لانه مقبوض على جهة الرهن والمقبوض بجهة الرهن كالمقبوض على حقيقة الرهن كالمقبوض على سوم الشراء قال على ان أقرضه شيأ ولم يسم شيأ فهلك يعطيه ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيأ فصار كانه عند الهلاك قال وجب لفلان على شئ ولو قال امسكه رهنا بنفقة تعطيها اياه لانه يصير مستوفيا بالاخر ولا بالهلاك ولو قال امسكه رهنا بدراهم يلزمه ثلاثة لان أقل الجمع ثلاثة كما لو قال لفلان على دراهم وفي المنتقى ولو رهنه رهنا على ان يقرضه ولم يسم القرض قال يعطيه المرتهن ما شاء فان قال أعطيك فلسا قال محمد رحمه الله تعالى لا استحسن أقل من درهم لانه مقبوض على سوم الرهن ولا تسمية في القرض ولا يمكن اعتبار قيمته اذ لا تقدير في القرض فيعطيه ما شاء لان الابهام جاء من قبله ولا يصدق في أقل من درهم لان العادة لم تجر باقراض أقل من درهم وهذه المسئلة مذكورة في عيون مسائل لابي الليث أيضا وذكر المعلى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى لو قال رجل اقرضني وخذ هذا الرهن ولم يسم القرض فاخذ الرهن وضاع ولم يقرضه قال عليه قيمة الرهن ولو رهن ثوبا فقال امسكه بعشرين درهما فهلك الثوب عند المرتهن قبل ان يعطيه شيأ فعليه قيمة الثوب الا ان تجاوز قيمته عشرين لان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين رهن دابتين على ان يقرضه مائة وقيمة أحدهما خمسون والاخرى ثلاثون فقبض وقبض التي قيمتها خمسون فهلكت يرد خمسين لانه مضمون بالقيمة لا بالمسمى كالمقبوض بجهة البيع فان بدا له ان يأخذ الاخرى ويقرضه له ذلك ولا يجبر على القرض لان الرهن لازم من جانب الراهن فما شرط على الراهن في الرهن يكون لازما في حق المرتهن غير لازم فما شرطه على المرتهن لا يكون لازما والقرض مشروط على المرتهن فيكون لازما في حقه ولو هلكت احداهما عند الراهن واختلفا في قيمة التي هلكت عند المرتهن فالقول للمرتهن لان الراهن يدعي على المرتهن زيادة ضمان وهو ينكر فان بقيت احداهما ينظر الى قيمة الباقي فتظهر قيمة الهالك ولا يلتفت الى اختلافهما لانه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه لا من جهتهما ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى رجل رهن رجلا ثوبا فقال له ان لم أعطك كذا وكذا فهو بيع لك بمالك علي قال لا يجوز وقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن هو هذا ولو رهن الغاصب المغصوب رهنا والمغصوب قائم في يده وهو مقر به ثم رده على المغصوب منه ثم هلك الرهن عند المرتهن فالمغصوب منه ضامن الاقل من قيمة المغصوب وقيمة الرهن لانه أخذه على جهة الضمان وليس يكون المغصوب دينا يدفع به رهنا ولكنه لما رهنه صار رهنا وان لم يكن صحيحا ولو اختلف الراهن والمرتهن في قيمة الرهن بعد هلاكه فالقول للمرتهن والبينة للراهن لان الراهن يدعي عليه زيادة وهو ينكر فكانت بينته أكثر اثباتا ادعى عبدا في يد غيره انه عبده رهنه من فلان وقبضه فلان وذو اليد يقول هو عبدي تقضي للمدعي لان ذا اليد انتصب خصما للمدعي لانه ادعى الملك لنفسه ويوضع على يد عدل حتى يحضر الغائب بخلاف ما لو أقر بالملك للغائب فقد أقر انه ليس له حق الامساك لانه يتصور ان يكون ممسكا ملك الغير بحكم النيابة ولو ادعى المرتهن هذا والرهن غائب يدفع اليه اذا قال غصبه ذو اليد وأخذ منه بعارية أو اجارة لانه ادعى فعلا على ذي اليد وأنكر ذو اليد فينتصب خصما له فلو لم يدع على ذي اليد الاخذ من يده لا يدفع اليه لانه لم يثبت الاخذ من يده كما لو ادعى عينا في يد انسان انها ملكه اغتصبه منه وأقام ذو اليد البينة على انها وديعة عنده لفلان تقبل بينة المدعي لانه ادعى فعلا عليه فانتصب خصما له فان لم يدع الاخذ من يده لا تقبل بينته ولا ينتصب خصما فكذا هذا أقر المرتهن ان في يده رهنا قيمته ألف ثم جاء بما يساوي مائة فقال لم أرهنك هذا فالقول له اذا تراجع سعر ما يساوي ألفا الى مائة فالقول للمرتهن لانه اذا عرف تغير السعر فالظاهر شاهد للمرتهن ولو قال رهنتك وهو مسلم وقال المرتهن وهو كافر فالقول للمرتهن والبينة للراهن وكذلك القصاص والسرقة لان الراهن يدعي عليه الايفاء أو زيادة الايفاء وهو ينكر فيكون القول له قال المرتهن أخذت المال ورددت الرهن وأنكر الراهن الرد فالبينة للراهن لان بينة الراهن تثبت الضمان على المرتهن لان ضمان الرهن والاستيفاء لم يكن ثابتا بالقبض السابق لان قبض الرهن قبل الهلاك كان استيفاء في حق الحبس لا في حق ملك العين وبالهلاك يصير قبض الاستيفاء في حق ملك العين فلم يكن ضمان الاستيفاء ثابتا قبل الهلاك فكانت بينته مثبتة الضمان وبينة الراهن نافية فكانت المثبتة أولى بخلاف ما لو أقام الغاصب البينة على رد المغصوب وأقام المالك البينة على الهلاك فبينة الغاصب أولى لان ضمان الرد كان واجبا بالغصب السابق لانه أوجب رد العين حال قيامها ورد القيمة حال هلاكها فكانت بينة الغاصب مثبتة البراءة عن الضمان وبينة المالك نافية للبراءة

فكانت المنفعة أولى بدفع الى آخر فلما لم يرهنه عند رجل بعشرة ووزن الثمن عشرون فأمسكه فأعطاه عشرة من عنده وقال رهنته ولم يقل رهنته عند آخر فهلك الثاني فإن تصادقا رجع بالعشرة وكان أمينا في الفضل وان تجاحدا وقال أقررت بأنك رهنته ولا شيء له بقبل قوله لانه ان يخالف ما يعلم انه أمسكه لان الوكيل أقر أولا انه رهنه فاذا قال لم أرهن فكأنه قال كذبت فيما أقررت به فأنكر المقر له فيكون القول للمقر له كما في سائر الاقارير ولا يرجع بالعشرة لانه يثبت الرهن وعند ذلك صار الآمر موفيا العشرة بهلاك الرهن وانما يستحلف لان المراد هي ما يحتمله اقراره لانه يحتمل انه لم يرهن عنده ورهنه من نفسه ولم يصر مناقضا الا انه خلاف الظاهر فاذا طلب يمين المقر له يستحلف كما لو أقر بالمبيع ثم قال كنت بائعه أو كان فيه خيار شرط فان قال الآمر للوكيل أقررت انك رهنته ثم أقررت انك لم ترهنه فناقضت فأنت ضامن فان لم يضمنه قيمة اقل من الذهب ويضمن له العشرة ظهن عيسى وقال الاوجه ضمان القيمة لانهما لو تصادقا انه لم يرهنه لا يضمن فكذلك اذا تصادقا انه رهنه فانه لا يضمن بالارهان ولا بتركه والجواب انه يضمن بجحود الامانة لانه ثبت جحوده بالاقرارين لانه لما قال رهنته فقد أقر انه لم يكن في يده لان الرهن لا يتم الا بالتسليم فلما قال لم أرهنه صار قائلا انه كان عندي وفي يدي وهذا هو معنى الجحود ومن جحد امانة في يده ضمنها وصار كالمودع اذا قال ليس عندي ثم قال كان عندي ضمن فكذا هذا اه قال رحمه الله ﴿وله ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به﴾ أي للمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وان كان الرهن في يده لان حقه باق والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع المطالبة وكذا لا يمتنع الحبس به لانه جزاء الظلم وهو المماطلة على ما بيناه في القضاء مفصلا وقال الكرخي في مختصره وللمرتهن مطالبة الراهن بدينه اذا كان حالا ولا يمنعه الارتهان به من ذلك ولا كون الرهن في يده وكذلك اذا كان مؤجلا وحل فانه لا يمنع حبسه كذا في العيني على الهداية قال رحمه الله ﴿ويؤمر المرتهن باحضار رهنه والراهن باداء دينه أولا﴾ أي اذا طالب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن أولا ليعلم انه باق ولانه قبض الرهن قبل الاستيفاء ولا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يؤدي الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل ولو قال باحضار رهنه لو في يده لكان أولى ليخرج ما اذا كان في يد عدل فانه لا يؤمر باحضاره كما سيبين واذا أحضر المرتهن الرهن أمر الراهن بتسليم الدين أولا وهو المراد بقوله والراهن باداء دينه أولا ليتعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق الراهن في حق الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشتري الثمن الاول لما ذكرنا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه فان كان الرهن لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حقه كبقعة واحدة في حق التسليم ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء كما في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة فيستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان الواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل لانه يتضرر به زيادة ضرر ولم نلزمه في العقد ولو باع الرهن لا يكلف المشتري احضار الرهن لانه لا قدرة له عليه لان بيعه بامر الراهن صحيح وصار الرهن دينا فصار كأنه رهنه الراهن وهو دين ولو قبض الثمن يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل والذي يقبض الثمن هو البائع مرتهنا كان أو عدلا لانه هو العاقد وحقوق العقد ترجع اليه ولا يكلف احضار الرهن باستيفاء كل الدين بل يكلف باستيفاء نجم قد حل اذا ادعى الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك بخلاف ما اذا لم يدع الراهن هلاكه لانه لا فائدة في احضاره مع اقراره وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل خطا العبد الرهن حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين حيث لا يجبر الراهن وفيما تقدم صار دينا بفعله ولا بد من احضار جميع القيمة لانه يقوم مقام العين لكونها بدلا عنها ولو وضع الرهن على يد عدل وأذن بالايداع ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف احضاره لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته وكذا لو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده الرهن يقر بالوديعة من العدل ويقول لا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض وكذا اذا غاب العدل ولا يدري أين هو لما قلنا بخلاف ما اذا جحد الذي أودعه العدل الرهن بان قال هو مالي حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت انه رهن لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فتحقق الاستيفاء فلا تثبت المطالبة به وفي الفتاوى العتابية ولو رهن الذمي خمرا عند مسلم كان مضمونا عليه بالدين اه وفي الينابيع لو تزوج امرأة على دراهم أو دنانير بعينها وأخذ بها رهنا لم يصح عند نا خلافا لزفر قال رحمه الله ﴿فان كان الرهن في يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى يقبض الدين﴾ أي لو أراد الراهن أن يبيع الرهن لكي يقضي ثمنه الدين لا يجبر المرتهن أن يمكنه من البيع

حتى يقبض الدين لأن حكم الرهن الحبس الدائم الى أن يقضي الدين لا الاستيفاء من ثمنه على ما بينا من قبل ولو قضى البعض فله
أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية كما في حبس المبيع قال رحمه الله ﴿فإذا قضى سلم الرهن﴾ أي إذا قضى الراهن جميع
الدين سلم المرتهن الرهن اليه لزوال المانع من التسليم لوصول حق المرتهن اليه فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه الى الراهن
استرد الراهن ما قضاه من الدين لأنه يصير بالهلاك مستوفيا من وقت القبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء
فيجب رده وهذا لأنه بإيفاء الدين لا ينفسخ الرهن حتى يرده الى صاحبه فيكون مضمونا على حاله بعد قضاء الدين ما لم يسلمه الى
الراهن أو يبرئه المرتهن عن الدين وكذا لو فسخا الرهن لا ينفسخ ما دام في يده حتى كان للمرتهن أن يحبسه بعد الفسخ حتى يستوفي
دينه ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله فيكون هالكا بدينه بخلاف ما إذا هلك بعد الإبراء حيث لا يضمن استحسانا لأنه
لم يبق رهنا لأن بقاءه رهنا باعتبار القبض والدين فإذا فات أحدهما لم يبق رهنا وقد قدمناه مفصلا قال رحمه الله ﴿ولا ينتفع المرتهن
بالرهن استخداما وسكنى ولبسا وإجارة وإعارة﴾ لأن الرهن يقتضي الحبس الى أن يستوفي دينه دون الانتفاع فلا يجوز الانتفاع
إلا بتسليط منه وإن فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن بالتعدي قال في المبسوط وليس للمرتهن أن ينتفع بالمرهون إلا بإذن الراهن فإذا
أذن له جاز أن ينتفع بما أذن له فيه ولو فعل من غير إذن صار ضامنا بحكم الرهن وقابضا بحكم الغصب وإن ترك الاستعمال عاد لكونه
رهنا ولو استعمل الرهن بإذن المرتهن فإن هلك حالة الانتفاع لم يسقط من الدين شيء لأنه بالإذن صار مقبوضا بحكم العارية وإن
مات أو هلك في حال الاستعمال يضمن ضمان الغصب وفي المنتقى لو أودع المرتهن المرهون بإذنه وهلك في يد المودع لم يسقط الدين
كما لو أعاره من غيره بإذن الراهن وقد خرج من ضمان المرتهن وله أن يسترده لأن الرهن عقد قائم ولكن حكمه وهو الضمان مرتفع
في زمان الإيداع لما بينا ولو آجره من أجنبي سنة بغير إذن الراهن وانقضت السنة ثم أجاز الراهن الإجارة لم تصح لأن الإجارة
لا تنعقد مستقبلا مفسوخا وللمرتهن أن يأخذها حتى تصير رهنا كما كان وإن أجاز بعد مضي ستة أشهر جاز ونصف الأجرة
للمرتهن يتصدق به ونصفها للراهن وليس للمرتهن أن يعيدها في الرهن كذا ذكره أبو الليث في العيون ولو أعار المرتهن من
الراهن ثم مات الراهن فإنه يرجع الى المرتهن ولا يكون أسوة الغرماء لأن الرهن لم ينفسخ بالإعارة فيكون الرهن في يد المستعير
لكونه في يد المعير فكان مقبوضا له وبالموت انفسخت الإعارة فعادت بيد المرتهن كما كانت ولو ارتهن جارية ثم أعارها الراهن
فولدت عند الراهن ثم ماتت فللمرتهن أن يعيد الولد بحصته لأن الرهن لم ينتقض بإعارة الرهن من الراهن فيسري الى الولد والله
تعالى أعلم وفي المنتقى وإذا كان الرهن ثوبا فأذن له الراهن في لبسه يوما ثم جاء به متخرقا فقال المرتهن تخرق من لبسه من ذلك اليوم
وقال الراهن لم يتخرق من لبسك ولم تلبسه فالقول قول الراهن لأن المرتهن ادعى البراءة عن الضمان لاستعمال الثوب بإذن
الراهن وهو ينكر فيكون القول له فإذا أقر الراهن أنه لبسه في ذلك اليوم وتخرق قبل لبسه أو بعده فالقول قول المرتهن أنه
تخرق من لبسه والبينة بينة الراهن لأن الظاهر شاهد للمرتهن لأن فعله وهو اللبس سبب التخرق ظاهرا وغيره موهوم فيه فيحال
التخرق في السبب الظاهر دون الموهوم والله تعالى أعلم ولم يتعرض المؤلف للسفر بالعين المرهونة ولا لما إذا أعير الرهن للمرتهن قال
في الغياثية وللمرتهن أن يسافر بالرهن إذا كان له حمل ومؤنة أو لم يكن وعن محمد أنه كالوديعة رهن المرتهن وارتهانه موقوف ولو رهن
عبدا مريضا فقتل والدين على حاله خلافا لهما وكذا إذا قتل قصاصا لعمد أو سرقة ويصدق المرتهن أنه كان كذا ولو احترق
بسبب ذهب بحصته وفي الخانية رهن عبدا وغاب ثم إن المرتهن وجد العبد حرا فإن ادعى العبد أو أقر بالرق عند الرهن لم يرجع المرتهن
بدينه عليه أخذت المرأة بصداقها المسمى رهنا يساوي صداقها ثم وهبت صداقها من الزوج أو أبرأته كان عليها رد الرهن الى الزوج
فإن هلك الرهن عندها هلك بغير شيء ولو اختلعت المرأة من زوجها بعدما وهبت مهرها كان عليها رد الرهن ولا يبطل الرهن بموت
الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما ويبقى الرهن رهنا عند الورثة وسيأتي له مزيد بيان قال رحمه الله ﴿وله حفظه بنفسه وزوجته
وولده وخادمه الذي في عياله﴾ معناه أن يكون الولد أيضا في عياله لأن عينه أمانة في يده فصار كالوديعة وأجيره الخاص كولده
الذي في عياله وهو الذي استأجره مشاهرة أو مسانهة والمعتبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة حتى أن المرأة لو دفعته الى زوجها لا تضمن
قال في المنتقى الأصل أن المرتهن أو المستأجر متى أمسك العين للحفظ لا يضمن ومتى أمسكها للاستعمال يضمن والحد الفاصل بينهما
هو أنه متى أمسك الشيء في موضع لا يمسك فيه إلا للاستعمال والانتفاع في ذلك الموضع فهو استعمال وإذا أمسكه في موضع لا يمسك

فيه لا استعمال فيه وحفظ وعلى هذا قالوا اذا تسورت بالخلخال أو تخلخلت بالسوار أو تعمم بالقميص أو وضع العمامة على العاتق
فهذا كله حفظ وليس باستعمال لان الاستعمال للامساك في موضع لا يمسك للاستعمال فكان الامساك للحفظ واذا تسور بالسوار
وما أشبهه ضمن لان الامساك وجد في موضع للاستعمال فكان استعمالا وحفظا وروي عن محمد رحمه الله تعالى الرهن اذا كان
خاتما فتختم به في الخنصر اليمنى يضمن لان من الناس من يتختم في يمينه للزينة وان تختم فوق خاتم في ذلك الاصبع لا يضمن قيل
لمحمد ان الناس يستعملون خاتمين في خنصر واحد قال انما يستعملونه للختم لا للزينة قال مشايخنا وهذا في بلادهم وأما في بلادنا
فقد يستعملون الثاني للزينة قال مشايخنا فيجب أن يضمن وان تختم في أصبع غير الخنصر لا يضمن لانه لا يستعمل كذلك قط
استعمال الزينة قال بعض مشايخنا اذا ختم وجعل الفص مما يلي الكف لم يضمن وكان حفظا لا استعمالا الوكيل بقبض الدين
اذا أخذ الرهن ممن عليه الدين فضاع عنده أو الوصي اذا أخذ رهنا من غريم للميت بدين عليه والورثة كبار فضاع عنده قال محمد
رحمه الله تعالى لا ضمان عليه لانه لم يل الاقراض والاداء وانما قصده على أن يكون أمينا فيه لصاحب الدين قال رحمه الله
﴿ويضمن بجعله غيره وبايداعه وتعديه قيمته﴾ لما بينا ان عينه وديعة والوديعة تضمن بهذه الاشياء لكونه متعديا بها فيضمن
جميع قيمته كالمغصوب وهل يضمن المودع الثاني فهو على الخلاف الذي بيناه في مودع المودع في كتاب الوديعة ثم ان
قضى القاضي بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضاء اذا كان الدين حالا ولا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا
بالفضل وان كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته ويكون رهنا عنده لانه بدل الرهن فيكون له حكم أصله فاذا حل الاجل أخذه بدينه
وان قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان رهنا عنده الى أن يقضيه دينه لانه بدل الرهن فأخذ حكمه ولو رهن خاتما عند امرأة
فجعلت خاتما فوق خاتم تضمن لان النساء يلبسن كذلك فيكون من باب الاستعمال بغير اذن المالك وكذا الطيلسان ان لبسه
لبسا معتادا ضمن ولو وضعه على عنقه لم يضمن وفي الواقعات رجل رهن عند رجل خاتما وقال للمرتهن تختم به ان أمره أن يتختم
به في الخنصر فهلك في حال التختم هلك بالدين لانه أمر بالحفظ لا بالاستعمال وفي الذخيرة هو الصحيح ولو رهنه سيفين فتقلدهما
ضمن قال فخر الدين والفتوى على أنه يضمن وفي الثلاثة لا يضمن لان العادة جرت بين الشجعان بتقليد السيفين في الحرب دون
الثلاثة وفي المحيط ولو باع المرتهن زوائد الرهن بغير اذن الراهن أو القاضي لم يجز بيعه ويضمن قيمته وان خاف تلفه نحو الثمار
وحلب اللبن جاز استحسانا لانه نوع من الحفظ فان خاف تلفه عنده فامسكه يرفع الأمر الى القاضي حتى يبيعه أو يأذن له في البيع
ان كان المالك غائبا وان كان حاضرا رجع اليه ولو كان المرتهن بعيدا من القاضي والمالك وخاف التلف فباعه بنفسه لم يضمن هكذا
روي عن محمد لانه مأذون له في مثل هذه الحالة في البيع دلالة وليس للمرتهن ولا للراهن أن يزرع الارض ولا أن يؤجرها لانه ليس له
الانتفاع بالرهن قال رحمه الله ﴿وأجرة بيت الحفظ وحافظه على المرتهن وأجرة راعيه ونفقته والخراج على الراهن﴾ والاصل فيه
أن ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن لنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في فضل أو لم يكن لان العين باقية على ملكه وكذا منافعه
مملوكة له فيكون أصلا وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة من مأكله ومشربه وأجرة الراعي مثله لانه
علف البهائم ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وسقي البساتين وتلقيح نخيله وجداذها
والقيام بمصالحه وفي النوازل أبى الراهن أن ينفق على الرهن فالقاضي يأمر المرتهن بالنفقة فاذا قضى الدين فللمرتهن أن يحبسه على
النفقة فان هلك في هذه الحالة فالنفقة على الراهن وكل ما كان لحفظه أو لرده الى يد المرتهن أو لرد جزء منه كمداواة الجرح فهو على
المرتهن مثل أجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فتكون مؤنته عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن وعن
أبي يوسف أن أجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة ومن هذا القسم جعل الآبق اذا كان كله مضمونا لان يد الاستيفاء كانت ثابتة
على المحل فيحتاج الى اعادة يد الاستيفاء ليرده على المالك فكانت من مؤنة الرد فتكون عليه وان كان بعضه أمانة فبقدر المضمون
على المرتهن وحصة الامانة على الراهن ولان الرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فتكون على المالك
بخلاف أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن فان كلها تجب على المرتهن كيفما كان لان وجوبها لاجل الحبس وحق الحبس ثابت له
في الكل وأما الجعل ولا يجب الا على الضمان فيتقدر بقدره والمداواة والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن
لانه مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن به في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه ألا ترى

أما لو باع الخارج كله في عمر الرهن قبل أداء العشر يجوز فكذا له أن يخرج بدل العشر من مال آخر وإن كان ملكه ثابتا فيه بقي رهنا
على حاله بخلاف استحقاق جزء شائع من الرهن حيث يبطل الرهن في الباقي لأنه تبين بالاستحقاق أنه لا يملك قدر المستحق فكان
الرهن شائعا من الابتداء وتبين أن الرهن كان باطلا ولا كذلك وجوب العشر لأن وجوبه لا ينافي ملك الراهن لا فيه ولا في غيره
ثم إذا أخرج منه العشر خرج ذلك الجزء عن ملكه في الوقت فلم يوجب شيوعا في الباقي لا طارئا ولا مقارنا وما أداه أحدهما مما يجب
على الآخر بغير أمر القاضي فهو متطوع كما إذا قضى دين غيره بغير أمره وإن كان بأمر القاضي وجعله دينا على الآخر رجع عليه
وبمجرد أمر القاضي من غير تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع عليه إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضي لأنه يمكنه أن يرفع
الأمر إلى القاضي فيأمر صاحبه بذلك وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يرجع في الوجهين وهو فرع مسألة الحجر لأن القاضي لا يلي على
الحاضر ولا ينفذ أمره عليه وفي المحيط والعشر والخراج على الراهن اهـ ولم يذكر المؤلف الدعوى والشهادة في الرهن ودعوى الرجلين
الرهن أو أحدهما قال في المبسوط مسائله على فصول فصل في اختلافهما في الرهن وفصل في اختلاف الشاهدين في النطق وفصل في
شهادة الراهنين والمرتهنين المرهون لغيره وفصل في إقامة الواحد البينة على رجلين في الرهن قال الراهن رهنتك هذه العين وقبضتها
مني وأقام البينة والعين قائمة في يد المرتهن وهو ينكر أو قال بل رهنتني عينا أخرى فأقاما البينة تقبل بينة المرتهن والقول له ولا تقبل
بينة الراهن لأن بينة المرتهن تثبت الحق لنفسه وبينة الراهن تثبت الحق لغيره وهو ملك اليد والحبس وبينة من يثبت الحق لنفسه أولى
ولأنه لا فائدة في قبول بينة الراهن لأن المرتهن يرده لأن الرهن غير لازم وإذا كانت العين هالكة فالبينة للراهن إذا كان ما يدعيه
الراهن أكثر لأن بينته تثبت زيادة أقام الراهن البينة أنه رهنه عبدا بألف يساوي ألفين وقبضه وأنكر المرتهن يضمن قيمته كاملة
الضمن يسقط الدين ويؤخذ بالفضل لأنه جحده فصار ضامنا بالجحود كالمودع جحد الوديعة يصير ضامنا للوديعة وكذلك إن سكت المرتهن
ولم يقر ولم يجحد لأن السكوت جحود حكما ألا ترى لو أخذ شيئا فسكت يسمع عليه كما لو جحد ولو قال المرتهن تساوي خمسمائة لا يسمع قوله
لأنه خلاف ما قامت عليه ولو قال المرتهن رهنتني هذين الثوبين وقال الراهن أحدهما بعينه فالقول للراهن والبينة للمرتهن لأن المرتهن
يدعي عليه زيادة رهن وهو ينكر الرهن رهن عبدا بألف فذهب عين العبد وهو يساوي ألفا فقال الراهن كانت هذه قيمته يوم
رهنتك فذهب نصف حقك وقال المرتهن بل كانت خمسمائة يومئذ وازدادت من بعد فالقول للراهن والبينة له أيضا لأن القيمة
للحال ألف فيكون الحال شاهد الماضي كمن استأجر طاحونة واختلفا في جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال فكذا الراهن بينته تثبت
أكثر القيمتين وبينة المرتهن تنفي فكانت المثبتة أولى وإذا أنكر المرتهن الرهن فشهد أحدهما أنه رهنه بألف والآخر بألفين
لا تقبل لأن الدين بهذه الأشياء لم يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لأن اختلاف الشاهدين في المشهود به يمنع قبول الشهادة عنده
وإذا لم يثبت الدين لم يثبت الرهن لأن صحته منوطة بالدين وعندهما هو رهن بالأول لأنه يثبت دين ألف بهذه الشهادة عندهما إذا
كان المدعي يدعي أكثر المالين ادعى الراهن الرهن بمائة وخمسين وهي قيمته وشهد أحدهما بذلك والآخر بمائة وقال المرتهن عليه
مائة وخمسون وهذا رهن بمائة منها فالقول للمرتهن والبينة للراهن لأنه يثبت الدين وهو مائة وخمسون لتصادقهما عليه لا بالبينة
وصار فإن العين رهن بمائة فصار رهنا بمائة لتصادقهما على ذلك إلا أن بينة الراهن أكثر إثباتا لأنه يثبت زيادة إيفاء على المرتهن
أقام البينة أنه استودعه وهو أقام البينة أنه ارتهنه تقبل بينة المرتهن لأن الرهن جاء لازما وفيه ضمان ولا لزوم ولا ضمان في الوديعة
فكانت بينة الراهن أكثر إثباتا ولأنه أمكن العمل بالبينتين بأن يجعل كأنه أودعه ثم رهنه لأن الرهن يرد على الإيداع وأما الإيداع
لا يرد على الرهن إلا برضا المرتهن الراهن أقام البينة على الرهن والآخر على البيع جعل بيعا لأن البيع لازم من الجانبين والرهن غير
لازم من جانب المرتهن والبيع يوجب الملك للحال والرهن لا فكانت بينة البيع أكثر إثباتا ولأنه أمكن العمل بالبينتين بأن تجعل
كأنه رهن أولا ثم باع لأن البيع يرد على الرهن والرهن لا يرد على البيع وكذلك لو ادعى المرتهن الهبة والقبض يؤخذ ببينة الهبة لأن
الهبة توجب الملك للحال كالبيع ادعى الشراء والقبض والآخر ادعى الرهن والقبض يحكم بالشراء إذا كان في يد الراهن فإن علم
تقدم الرهن جعل رهنا لأن للمرتهن ٧ فسامعا أو لا ينقض بالشك كما لو ادعيا الشراء من واحد ولأحدهما قبض معاين وأقاما
البينة فصاحب القبض أولى ولو شهد الراهنان بأن المرهون ملك آخر لا تقبل لأنهما ... والشهادة يجران لأنفسهما نفعا ومغنما لأنهما
يريدان إبطال حق المرتهن عن الرهن عليهما وفي إبطال حق المرتهن عن الرهن دفع لضمان الهلاك فتمكنت التهمة في شهادتهما

ولا تقبل ولان هذه الشهادة في معنى الاقرار لانهما يشهدان على أنفسهما لانهما يسعيان في نقض عقد قديم وشهادة الانسان على نفسه اقرار وهذا اقرار يتضمن ابطال حق المرتهن فلا يصح في حق المرتهن كما لو أقر صريحا ولو شهد المرتهنان تقبل لانهما لا يجران الى أنفسهما مغنما ولا يدفعان مغرما بل يضران بأنفسهما متى كان الرهن قائما وان كان هالكا لا تقبل شهادتهما لانهما يدفعان عن أنفسهما مغرما لان بهلاك الرهن سقط الدين ويبرأ الراهن عن الدين ظاهرا ومتى قبلت شهادتهما لم يصح الرهن فلا يسقط حقهما باع رجلان متاعا بألف درهم من رجل على أن يرهنهما عبدا بعينه ثم شهدا أن العبد لرجل وقالا لا نرضى أن يكون دينا بالرهن تقبل شهادتهما لانهما يشهدان على أنفسهما بابطال حقهما في الحبس ولا يجران الى أنفسهما مغنما ولا يدفعان مغرما ولا يسعيان في نقض عقد ولو طلبا لا تقبل لانهما يشهدان لانفسهما بالرهن ويسعيان في نقض عقد تم بينهما وليس لهما النقض ادعيا على رجل أن كل واحد له الرهن فهي على قسمين اما اذا كان الرهن في يد أحدهما أو في أيديهما أو في يد الراهن والدعوى منهما حال حياة الراهن أو بعد وفاته وقد أرخا ذلك كله أو لم يؤرخا فان كان الرهن في يد أحدهما ولم يؤرخا فهو أولى لانه قد ترجحت بينة ذي اليد باليد لان يده تدل على انه سبق ارتهانه ولان يده صحيحة من حيث الظاهر ولا تجوز نقضها الا ان يعلم بطلانها كما لو ادعيا الشراء من واحد والمبيع في يد أحدهما فان أرخا يقضي لأسبقهما تاريخا لان البينة التي آخرهما تاريخا غير مقبولة لانها قامت على رهن فاسد وكان الذي هو أسبق انفرد باقامة البينة وان لم يؤرخا لا يقضي لهما قياسا وبه نأخذ وفي الاستحسان لكل واحد نصفه بنصف حقه لان رهن كل واحد منهما بعينه يتم ما معه فصح الرهن وصار العبد محبوسا في كل واحد منهما على الكمال هذا كله في حال حياة الراهن وأما بعد وفاته لو أقام كل واحد البينة على ارتهانه منه يقضي لكل واحد بنصفه رهنا بنصف حقه يباع فيه عندهما وبقي للغرماء وقال أبو يوسف لا يقضي لهما بشيء وهو قول الغرماء بالحصص قياسا لان القضاء بالرهن منهما قضاء برهن مشاع وانه باطل كما في حالة الحياة فهما ان القصد مطلوب بحكمه لا بعينه لانه شرع ليكون وسيلة وذريعة الى حكمه وحكمه الرهن بعد الموت في حق هذا الحكم بخلاف حال الحياة لان ثمة المقصود من الرهن هو ملك اليد والحبس ولا يملك اثبات اليد والحبس في المشاع دائما فلا يمكن القضاء بالرهن وأما القسم الثاني لو ادعيا الرهن من اثنين وأقام كل واحد البينة على الارتهان من آخر والرهن في يد أحدهما فلا يخلو اما ان يكون الراهنان غائبين أو كانا حاضرين أو أحدهما حاضر والآخر غائب فان كانا غائبين فذو اليد أولى وان كان الخارج أسبق تاريخا لان بينة الخارج لا تسمع لانها لم تقم على خصم لان ذا اليد انما تثبت بينته كونه رهنا في حق ما في يده والمرتهن لا ينتصب خصما على المالك كالمودع وكان الشيء رهنا في يد ذي اليد كما يدعيه فان كان الراهنان حاضرين فالخارج أولى لان كل واحد من الراهنين ينتصب خصما لصاحبه لانه يدعي انه ملكه ورهنه من المدعي ويجعل اقامته البينة من المرتهنين وهما يحتاجان الى اثبات ملك الراهنين ليصح رهنهما بعد ما لو أقام الراهنان البينة على الملك المطلق والشيء في يد أحدهما كان الخارج أولى فكذا هذا وان كان راهن الخارج حاضرا وراهن ذي اليد غائبا فذو اليد أولى لان المرتهن لا ينتصب خصما لمن يدعي ملكا في الرهن كالمودع وبينة الخارج قامت لا على خصم وان كان راهن ذي اليد حاضرا أو راهن الخارج غائبا فكذلك في قول عيسى رحمه الله تعالى وقال حضرة راهن ذي اليد تكفي لقضاء للخارج لان راهن ذي اليد انتصب خصما للخارج لانه يدعي الملك لنفسه والرهن من ذي اليد والخارج مرتهن والمرتهن بمنزلة المودع والمودع ينتصب خصما فيما يستحق لصاحبه لانه من باب الحفظ كما لو ادعى انسان على المودع ان ما في يده من الوديعة لفلان آخر غائب أودعه اياه وأقام البينة على ذلك تقبل فكذا هذا والجواب عنه ان المرتهن كما يثبت الملك لراهنه يدعي دينا وهو غائب وليس عنه خصم حاضر ولا تقبل بينته على اثبات الدين فلا تقبل على اثبات الرهن أيضا لان الرهن لا يصح بدون الدين بخلاف المودع لانه لم يدع على مودعه شيئا بل يدعي الملك له فينتصب خصما في اثبات الملك له ولو ادعى واحد على رجلين الرهن وأقام البينة على أحدهما انه رهنه المتاع وجحدا الرهن يستحلف من لم يقم عليه البينة فان حلف رد الرهن عليهما لانه لم يثبت الرهن في حقه فلا يقضي به في نصيب الآخر لانه لا يكون قضاء بالرهن في نصف مشاع وذلك لا يجوز وان نكل ثبت عليهما على الناكل بالنكول وعلى الآخر بالبينة وان كان المرتهن اثنين والراهن واحد فأقام أحدهما البينة انه ارتهنه وصاحبي بمائة وأنكر الراهن والمرتهن الآخر الرهن يرد على الراهن عند أبي يوسف وعند محمد يقضي به رهنا ويجعل في يد المرتهن الذي أقام البينة وعلى يد عدل فان قضى الراهن للمرتهن المقيم البينة فله أخذ الرهن فان هلك الرهن ذهب نصيبه لا نصيب الجاحد ولا رواية عن أبي حنيفة

رحمه الله فيه فحمد أنه لا يمكن المدعي إثبات الرهن على الراهن الا بعد إثباته على صاحبه لان الرهن من اثنين لا يصح الا بقبولهما جميعا فيكون الرهن من صاحبه سببا لثبوت الرهن في حقه ومن أنكر سبب ثبوت حق انسان ينتصب خصما له فقامت البينة على خصمه كما لو ادعى عينا في يد انسان أنه اشتراها من فلان الغائب تقبل بينته على ذلك ومتى ثبت الرهن منهما يوضع في نوبة الجاحد على يد عدل لان الرهن في حق الجاحد غير ثابت في حق المدعي والراهن ما رضي بحفظ المدعي وحده ولأبي يوسف رحمه الله ان ما يدعيه على صاحبه ليس سببا لثبوت حقه بل هو شرط لثبوت حقه لا قبول صاحبه فلا يمكنه إثبات قول صاحبه وهو جاحد كما لو ادعيا رهنا من اثنين وهو في يد أحدهما وراهن ذي اليد حاضر لا تقبل بينة الخارج على إثبات الرهن على الغائب كما بيناه فكذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال قال رحمه الله ﴿ولا يجوز رهن المشاع﴾ يعني لا يصح رهن المشاع وظاهره أنه لا فرق بين ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة قال صاحب العناية رهن المشاع قابل القسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به الضمان وليس بصحيح لان الباطل منه فيما اذا لم يكن الرهن مالا ولم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه وقال الامام الشافعي رضي الله عنه يجوز لان موجبه عنده بيعه والمشاع لا يمتنع بيعه ولنا أن موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستحقاق الحبس الدائم ولا يتصور الحبس الدائم في المشاع لانه يبطل بالمهايأة فيصير كأنه رهنه يوما ويوما لا ولهذا يستوي فيه ما يقبل القسمة وما لا يقبلها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان موجبها الملك ولا يمتنع بالشيوع ولا يجوز من شريكه أيضا لان ثبوت اليد في المشاع لا يتصور ولانه لو جاز لامسكه يوما بحكم الرهن ويوما بحكم الملك فيصير كأنه رهنه يوما ويوما لا بخلاف الاجارة حيث تجوز في المشاع من الشريك لان حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس والشريك متمكن من ذلك والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن أبي يوسف لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وفي مثله يستوي الابتداء والبقاء كالحرمة في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع لا يمنع حكمها وهو الملك والمنع في الابتداء لنفي الغرامة على ما عرف ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الموهوب ولا يصح الفسخ في بعض المرهون قال في المحيط ولا يجوز ما هو مشغول بحق الغير ولو رهن عبدا نصفه بستمائة ونصفه بخمسمائة لم يجز لانه لما سمى النصف بدلا على حدة صار صفقتين كأنه رهن كل نصف بصفقة في الابتداء فوقع شائعا فلا يجوز وهذا يفيد ان المانع هو الاشاعة في العقد لظاهر قوله فيصير تفريعا الى آخره مع ان المانع الاشاعة عند القبض فلو قال ولا يجوز رهن المشاع عقدا او قبضا لكان أولى ولو رهن قلبا وزنه عشرون درهما بعشرة دراهم فانكسر فانه يضمن نصف القلب ويصير شركة بينهما صورة الشيوع الطارئ قال رحمه الله ﴿ولا الثمرة على النخل دونها ولا زرع في الارض دونها ولا نخل في الارض دونها﴾ لان القبض شرط في الرهن على ما بينا ولا يمكن قبض المتصل وحده فصار في معنى المشاع وعن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ان رهن الارض دون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فتكون الارض جميعا رهنا وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخل بمواضعها جاز لانه رهن الارض بما فيها من النخل وذلك جائز ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة ويدخل في رهن الارض النخل والثمر على النخل والزرع والرطبة والبناء والغرس لانه تابع لاتصاله فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع حيث لا تدخل هذه في بيع الارض سوى النخل لان بيع الارض بدون هذه الاشياء جائز فلا حاجة الى ادخالها في البيع من غير ذكر وبخلاف المتاع الموضوع فيها حيث لا يدخل في الرهن من غير ذكر لانه ليس بتابع لها ولهذا لو باعها بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها لا يدخل المتاع وهذه الاشياء تدخل وكذا تدخل هذه الاشياء في رهن الدار والقرية لما ذكرنا ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وأخذه جاز وذلك بان يكون المستحق موضعا معينا لان رهنه ابتداء يجوز فكذا بقاء وان كان الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه بان استحق جزأ شائعا أو ما هو في معنى الشائع كالثمر ونحوه بطل لانه تبين بالاستحقاق ان الرهن وقع باطلا ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة حتى اذا رهن دارا وهو فيها وقال سلمتها

اليك لا يتم الرهن حتى يقول بعد ما خرج من الدار سلمتها اليك لان التسليم الاول وهو فيها وقع باطلا لاشتغاله به ولا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها كما اذا سلمها ومتاعه فيها او منع تسليم الدابة المرهونة الحمل الذي عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا اذا دفع الدابة اليه لان الدار مشغولة فصار كما اذا رهن متاعا في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمر للنخل حتى قالوا يدخل في رهن الدابة من غير ذكر وفي التتمة سئل علي بن أحمد عن رجل عمر عمارة على أرض السلطان كحانوت أو غيره ورهنه وسلم للمرتهن أخذ الاجرة قال لا يصح ولا يطيب للمرتهن قال وفي المحيط ولو رهن النخل والشجر والكرم بمواضعها من الارض جاز لانه يمكن قبضها بما فيها بالتخلية قيد بقوله دونها لانه لو لم يقل دونها لصح الرهن في الكل ولو قال رهنتك هذه الارض أو هذه الدار يدخل في الرهن كل ما كان متصلا بالمرهون من البناء والشجر والثمر والزرع والرطبة لان الرهن لا يجوز بدون ما يتصل به فكان اطلاق العقد ينصرف الى ما فيه تصحيحه فيدخل في الرهن تبعا تحريا للجواز ولو رهن الدار بما فيها صح اذا خلى بينه وبين الدار بما فيها ويصير الكل رهنا وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله سئل عن رهن عشرة من الكرد وقبضها المرتهن ثم تبين انه كان واحدة مسبلة وأخرى مشاعة بين الراهن وغيره كيف يبقى الرهن في البواقي من الكردة الفارغة فقال في البواقي الرهن صحيح والله أعلم حتى لو باع هذه الكردة الفارغة لا يجوز من غير اجازة المرتهن حتى يقضي الدين وسئل علي بن أحمد والجندي عن الرجل استأجر دارا اجارة صحيحة وسلمها فارغة ثم ان المؤجر رهنها من المستأجر بقدر معلوم هل يصح هذا الرهن وهل يبقى الاجارة قال علي بن أحمد تصير رهنا مع وجود القبض قال الجندي صح الرهن وانفسخت الاجارة وعن أبي حامد رجل دفع لرجل رهنا على ثمانمائة فدفع له ثلاثمائة بعد أن قبض الرهن وامتنع من دفع الباقي قال يكون رهنا بهذا القدر وسئل أبو يوسف عن الدار المرهونة اذا غصبت من انسان واتلف منها حجرا أو كانا يضمن ذلك المرتهن قال يضمن وكذا ذكر كذلك الحلواني في شرحه وسئل الجندي عن رجل رهن عند آخر وكفلت زوجته لرب الدين بدين الزوج فطالب رب الدين الكفيلة بايفاء الدين فحبسه القاضي وعجز عن أدائه هل للقاضي أن يبيع الرهن قال على قول الامام لا وعلى قولهما نعم وسئل أبو الفضل عن رجل رهن عند آخر دارا الى سنة بدين على الراهن وقبض الدار هل يكون التأجيل مفسدا للرهن قال ان كان الاجل في الرهن فسد وان كان في الدين لا يفسد وهكذا في الايضاح سئل عن المرتهن اذا مات وورثته يعرفون الرهن ولا يعرفون الراهن ويطلبون الخروج عن العهدة هل يكون حكمه حكم اللقطة قال نعم حتى يظهر المالك وفي التجريد لو رهن عبدين أو ثوبين ولم يسم لكل واحد شيأ من الدين يقسم الدين على قيمة تلك الاشياء فاذا هلك كل واحد فهو مضمون بالاقل من قيمته ومما سمي أو رهن شاتين بثلاثين أحدهما بعشرة والاخرى بعشرين ولم يبين أيهما لم يجز لان بسبب هذه الجهالة تقع بينهما منازعة عند الهلاك فانه اذا هلكت احداهما لا يدري ما يسقط من الدين باداء عشرة أو عشرين فيتنازعان في ذهاب الدين بهلاكها فلو بين فهلك احداهما سقط من الدين بقدرها لانه لما بين حصة كل واحد منهما من الدين انقطعت المنازعة وفي المنتقى ولو قال رهنتك النخل باصوله جاز اذا سمى باصوله وان لم يسم باصوله لم يجز لانه لا يقوم الا باصوله فلا يمكن تسليمه بدونه وذكر الفقيه أبو الليث روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في رجل رهن عند رجل جارية لها زوج فالرهن جائز لان النكاح لا يوجب نقصان الرق والمالية وليس للمرتهن منع الزوج من غشيانها لانه رهنها وهي مشغولة بحق الزوج وحق المرتهن لا يتعلق بمنافع البضع فحق الزوج فيه لا يفسد الرهن فان وطئها الزوج فماتت من ذلك سقط الدين لان الوطء من الزوج ليس بجناية فاشبه الموت من المرض قال أبو يوسف رحمه الله تعالى ولو رهن جارية لا زوج لها فزوجها الراهن برضى المرتهن فهذا مثل الاول ولو زوجها بغير رضا المرتهن جاز النكاح لقيام ملكه فيها وللمرتهن ان يمنعه من غشيانها لان النكاح لم ينعقد برضاه وثبوت حقه من الحبس سابق على تعلق حق الزوج فان غشيها فالمهر رهن معها وان لم يغشها لم يكن المهر رهنا معها الا ان له ان يمنعه من الوطء فان ماتت من غشيانها فان شاء المرتهن ضمن الراهن وان شاء ضمن الزوج فان ضمن الزوج يرجع على المولى ان كتم الرهن عنه لانه هو الذي أوقعه فيه وان لم يكن كتمه عنه لا يرجع ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله رجل أعتق ما في بطن جاريته ثم رهنها المولى فالرهن جائز لانها مملوكة للمولى وان ولدت فنقصتها الولادة لم يذهب من الدين شيء بنقصان الولادة لانه اذا رهنها وهي حامل والحمل لا بد له من الولادة والولادة لا تنفك عن النقصان عادة فهذا النقصان حصل بسبب

في يد الراهن فلا يكون مضمونا على المرتهن ولو كان عليه دينار فدفع اليه دينارين فقال خذ أحدهما قضاء يكون لك فضاع قبل
أن يأخذ فدينه على حاله وهو مؤتمن لانه لا يتصور الاقتضاء والاستيفاء الا بعد القبض وقبض المجهول لا يتصور ولو قال خذ أحدهما
قضاء لك كان قضاء له بدينه ولا يشبه هذا الرهن قال رحمه الله ﴿ولا بالامانات وبالدرك وبالمبيع﴾ أي لا يجوز الرهن بهذه
الاشياء أما الامانات كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة فلان الرهن مضمون بما رهن به لكونه استيفاء فلا بد من
ضمان المرهون به ليقع الرهن مضمونا ويتحقق استيفاؤه من الرهن والامانات ليست بمضمونة ولا يمكن استيفاؤها من عينها
حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها فصار كالعبد الجاني والعبد المأذون له في التجارة والشفعة غير مضمونة على المشتري
بخلاف الاعيان المضمونة كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد حيث يصح الرهن بها لان الوجوب فيها يتقرر
اذ الواجب فيها القيمة والعين مخلص على ما عليه الجمهور وللقيمة بها شبهة الوجوب على ما قاله البعض فيكون رهنا بما تقرر وجوبه
وسببه وأما الدرك فلان الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب لان معنى الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وقبل الاستحقاق
لا يجب على البائع رد الثمن وكذا بعد الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع لاحتمال ان يجيز المستحق البيع بخلاف
الكفالة به حيث تجوز لان الكفالة يجوز تعليقها بالشرط ملائم على ما عرف في موضعه لانها التزام المطالبة والتزام الافعال معلقا
أو مضافا الى المآل جائز كما في الصوم والصلاة وليس فيها شيء من معنى التمليك ولا كذلك الرهن فانه استيفاء فيكون تمليكا
والتمليكات بأسرها لا يجوز تعليقها ولا اضافتها فافترقا ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق فهلك عند المشتري يهلك
أمانة لانه لا عقد حينئذ وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني وهلك في يد المرتهن
حيث يهلك بما سمى من المال لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل جعل موجودا اقتضاء لان الرهن استيفاء والاستيفاء
لا يسبق الوجوب بل يتلوه ولا بد من سبق الوجود ليكون الاستيفاء مترتبا عليه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على
اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيكون مضمونا عليه بالاقل مما سمى ومن قيمة الرهن اذا سمى قدر
الموعود وان لم يسم قدره بان رهنه على ان يعطيه شيئا فهلك الرهن في يده يعطي المرتهن الراهن ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا
شيئا فيكون بيانه اليه كما لو أقر بذلك وعن أبي يوسف لو قال أقرضني وخذ هذا رهنا ولم يسم شيئا وهلك يضمن قيمة الرهن بخلاف
المقبوض على سوم الشراء حيث يجب على القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب فلا يتقدر بغيره
ولا كذلك الرهن فانه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدرا به وروى المعلى عن أبي يوسف انه تجب قيمة الرهن في الدين
الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء وأما المبيع فلانه مضمون بغيره لانه مضمون بالثمن حتى اذا هلك ذهب بالثمن
ولا يجب على البائع شيء والرهن لا يجوز الا بالاعيان المضمونة بنفسها ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن وان هلك الرهن
بالمبيع ذهب بغير شيء لانه اعتبار الباطل فلا يجب على المشتري شيء قال رحمه الله ﴿وانما يصح بدين ولو موعودا﴾ ولا يصح بغيره
وقد بينا المعنى فيه وهو ان الرهن استيفاء والاستيفاء يتحقق في الواجب وهو الدين ثم وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا
يشترط وجوبه حقيقة لما ذكرنا قال في الهداية فاذا هلك الرهن بالموعود هلك بما يسمى من المال قال في غاية البيان فيه تسامح لانه
يهلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض ألا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو أخذ الرهن بشرط ان
يقرضه كذا فهلك في يده قبل ان يقرضه هلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض اهـ قال تاج الشريعة في شرح قول
المصنف حيث قال هلك بما سمى من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما أطلق جريا على العادة اذ الظاهر أن
يساوي الرهن الدين اهـ واقتفى أثره صاحب العناية أقول فيه قصور بين فان ما ذكر في الكتاب كما يتمشى فيما اذا ساوى قيمة الرهن ٧
أكثر من ذلك الدين ولا حاجة لتخصيصه بصورة المساواة فالحق ان يقال في البيان هذا اذا ساوى قيمة الرهن ما سمى له من القرض
أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما اذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن اذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون
بالاقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكر ههنا قوله حيث يهلك بما سمى له من الدين في صورة الاطلاق جريا على ما هو
الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك قال الفقيه أبو الليث في الفتاوى رجل دخل المدينة ونزل خانا
فقال صاحب الخان لا ينزل ههنا أحد ما لم يعط شيئا فدفع اليه ثيابه فهلكت عنده ان رهنها من قبل الاجرة فالرهن بما فيه وان أخذها

منه لانه طلبه سارقا فخفي منه يضمن صاحب الخان كذا قال عصام بن يوسف قال الفقيه أبو الليث وعندي أنه لا يضمن لانه لم يكن مكرها بالدفع اليه ولو رهن ثوبا فقال أمسكه بعشرين درهما فهلك الثوب عند المرتهن قبل ان يعطيه شيأ فعليه قيمة الثوب الا أن يجاوز قيمته عشرين لان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الرهن رهن دابتين على ان يقرضه مائة وقيمة احداهما خمسون والاخرى ثلاثون فقبض دابة قيمتها خمسون فهلكت يرد خمسين لانه مضمون بالقيمة لا بالمسمى كالمقبوض على جهة البيع فان بدا له أن يأخذ الاخرى له ذلك ولا يجبر على القرض لان الرهن لازم في جانب الراهن فما شرط على الراهن في الرهن يكون لازما وفي حق المرتهن فيه لا يكون لازما والقرض مشروط على المرتهن فلا يكون لازما في حقه ولو هلكت الاخرى عند الراهن واختلف في قيمة التي هلكت عند المرتهن فالقول للمرتهن لان الراهن يدعي على المرتهن زيادة ضمان وهو ينكر وان هلكت احداهما ينظر الى قيمة الباقي فتعتبر قيمة الهالك ولا يلتفت الى اختلافهما لانه أمكن معرفة ما وقع التنازع فيه لا من جهتهما ابن رستم عن محمد رحمهما الله تعالى رجل رهن رجلا ثوبا فقال له ان لم أعطك الى كذا وكذا فهو بيع لك بمالك علي قال لا يجوز وقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن هو هذا ولو رهن الغاصب بالمغصوب رهنا فالمغصوب منه ضمن الاقل من قيمة المغصوب وقيمة الرهن لانه أخذه على جهة الضمان وليس يكون المغصوب دينا يدفع به رهنا ولكنه لما ارتهنه صار رهنا وان لم يكن صحيحا قال رحمه الله ﴿وبرأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه﴾ أي يجوز الرهن بهذه الاشياء وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وذلك بالاستبدال والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم ولنا أنه استيثاق من الوجه الذي بينا وهو المقصود بالرهن وانما يصير مستوفيا بالمالية لا بالعين ولهذا تكون عينه أمانة في يده حتى يجب نفقته حيا وكفنه ميتا على الراهن ولو كان مستوفيا به لوجب على الراهن ٧ وهما من حيث المالية جنس واحد فيجوز استيفاؤه لا مبادلة قال في المحيط ولو اشترى عبدا ثم تقابضا ثم تناسخا كان للمشتري ان يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن لان الفسخ نزل منزلة البيع وكذلك لو سلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا كان له ان يحبس الرهن حتى يقبض المبيع فان هلك الرهن في يده هلك بالثمن على ما بينا أسلم خمسمائة في طعام فرهن معه عبدا يساوي الطعام وقبضه ثم صالح على رأس المال فالقياس ان لا يقبض الراهن العبد ورأس المال دين عليه وفي الاستحسان يجعل رهنا فيه ولا يكون مضمونا وجه القياس ان رأس المال غير المسلم فيه حقيقة وحكما لانه ليس بدلا عن الطعام لان الطعام وجب بالعقد ورأس المال وجب بالاقالة وهما ضدان فاذا وجب باحدهما لا يعتبر بدلا عن الآخر فالرهن بالطعام لا يكون رهنا به وجه الاستحسان أن رأس المال بدل عن المسلم فيه قائم مقامه لانه كان بدلا له في العقد وبالاقالة والصلح لما أسقط حقه في المسلم فيه عاد حقه الى بدله لانه وان كان دينا صار كالعين لما قام مقام المسلم فيه عاد حقه الى بدله لانه وان كان اسما واحدا فاعطاه الرهن بالمسلم فيه يكون رهنا بما قام مقامه كالرهن بالمغصوب رهن بقيمته لانها قائمة مقامه فان استوفى رأس المال ثم هلك عنده العبد من غير صنع يعطيه المرتهن مثل الطعام الذي كان له على المسلم اليه ويأخذ منه رأس ماله أقرض رجلا كر حنطة وارتهن منه ثوبا قيمته الكر وصالحه من عليه الحنطة على كر شعير بعينه يصير الثوب رهنا بالشعير فاذا هلك يهلك مضمونا بالحنطة لانه بريء عن الحنطة فصار كما لو بريء بالايفاء ويجوز ان يكون الرهن رهنا ولا يكون مضمونا كزوائد الرهن يكون محبوسا ولا يكون مضمونا وذلك لان الرهن استيفاء حكمي والاستيفاء الحكمي لا يربو على الاستيفاء الحقيقي ولو استوفى المسلم فيه حقيقة ثم تقايلا السلم صحت الاقالة ويرد عليه طعاما ويأخذ رأس ماله فكذا اذا اصطلحا بعد الاستيفاء الحكمي وذكر مسئلة في الصرف انسان اشترى ألف درهم بمائة دينار وقبض الألف فأعطاه بالمائة الدينار رهنا يساويها ثم تفرقا فسد البيع لان الافتراق قبل قبض الدنانير فصارت الدراهم مقبوضة في يد مشتريها بحكم صرف فاسد وليس له أخذ الرهن حتى يرد الالف فان هلك الرهن عنده رجع صاحبه عليه بمائة دينار والمرتهن بالالف لان الدراهم بدل عن الدنانير والرهن بالشيء يكون رهنا به وببدله فيكون محبوسا بالدنانير مضمونا بالدراهم فاذا هلك الرهن صار مستوفيا للدنانير في صرف فاسد فكان على المرتهن رد الدنانير على الراهن الدراهم فان لم يتفرقا حتى ضاع الرهن فهو بالمائة الدنانير لانه صار مستوفيا للدنانير في المجلس حكما بهلاك الرهن فيصير كما لو استوفى حقيقة فكان الصرف جائزا قال رحمه الله ﴿فان هلك صار مستوفيا﴾ لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وهو المضمون فيه هذا اذا هلك الرهن قبل الافتراق وان افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات القبض حقيقة وحكما هذا اذا كان رهنا ببدل

الصرف أو رأس مال السلم وإن كان رهنا بالمسلم فيه لا يبطل بالافتراق لأن قبضه لا يجب في المجلس ثم إن هلك قبل الافتراق صار مستوفيا لدينه حكما فتم السلم كما إذا كان رهنا برأس المال أو ببدل الصرف وهلك قبل الافتراق يصير مستوفيا لدينه فتم الصرف والسلم ولو تفاسخا السلم والمسلم فيه مرهون يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس أن لا يحبسه به لأنه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن بأحدهما رهنا بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وبأحدهما رهن فقضاه الذي به الرهن أو أبرأه منه ليس له حبسه بالدين الآخر وجه الاستحسان أنه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لأنه بدله فقام مقامه إذ الرهن بالشيء يكون رهنا ببدله كما إذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالمسلم فيه لأنه رهنه به وإن كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأنه بدل الثمن ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لأنه مرهون به وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى قيمته كان للمشتري أن يحبس المبيع عند الفسخ ليستوفي الثمن ثم إذا هلك المبيع يهلك بقيمته فكذا هذا ثم إذا هلك الرهن بالمسلم فيه في مسألة التفاسخ على رب السلم أن يدفع مثل المسلم فيه إلى المسلم إليه ويأخذ رأس المال لأن الرهن مضمون وقد بقي حكم الرهن إلى أن هلك فصار رب السلم بهلاك الرهن مستوفيا للمسلم فيه ولو استوفاه حقيقة ثم تقايلا واستوفاه بعد الإقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذا هذا وهذا لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل وقد تقدم قال رحمه الله (وللأب أن يرهن بدين عليه عبدا لطفله) أي لولده الصغير لأنه يملك إيداعه وهذا أنظر منه في حق الصبي لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ ٧ مخافة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة أمانة والوصي في هذا كالأب لما بينا وعن أبي يوسف وزفر أنهما لا يملكان ذلك وهو القياس لأن الرهن إيفاء حكما فلا يملكانه كالإيفاء حقيقة ووجه الاستحسان وهو الظاهر أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله بدين وفي الرهن نصب حافظ لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه عند هلاكه حكما ويصير الأب والوصي موفيا لدينه ويضمنان ذلك القدر للصغير وذكر في النهاية معزيا إلى التمرتاشي وهو إلى الكافي أن قيمة الرهن إذا كانت أكثر من الدين يضمن الأب بقدر الدين والوصي بقدر القيمة لأن للأب أن ينتفع بمال الصبي ولا كذلك الوصي ثم قال وذكر في الذخيرة والمغني التسوية بينهما في الحكم وقال لا يضمنان الفضل لأنه أمانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الإيداع وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لأنه توكيل على بيعه وهما يملكانه ثم إذا أخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليهما مثله لابنهما لقضاء دينهما بماله وأصل هذه المسألة البيع فإن الأب والوصي إذا باع مال الصغير من غريم نفسه تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ البائع الثمن من المشتري للصغير ويأخذ المشتري دينه من البائع وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع إذا باعه من غريم نفسه تقع المقاصة بثمن المبيع عندهما ويضمن الوكيل المال للموكل وعنده لا تقع وإذا كان من أصله لا يملك قضاء دين نفسه بمال الصبي بطريق البيع فكذا لا يملك بطريق الرهن وعندهما لما ملك بطريق البيع فكذا يملك بطريق الرهن أيضا لأن الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة لوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشتري وإذا كان للأب أو لابنه الصغير أو لعبده المأذون له في التجارة ولا دين عليه دين على ابن له صغير فرهن الأب متاع ابنه الصغير من ابنه الصغير أو من عبده التاجر جاز لأن الأب لوجود شفقته نزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير من نفسه ولو فعل الوصي ذلك والمسألة بحالها لا يجوز لأنه وكيل محض والأصل أن الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن ولا البيع لكنا تركناه في الأب لما ذكرنا وليس الوصي كالأب فإن شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر بمنزلة الرهن من نفسه فلا يجوز بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين حيث يجوز رهنه منهم لأنه أجنبي عنهم إذ لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع حيث لا يجوز بيعه منهم لأنه متهم فيهم ولا تهمة في الرهن لأن له حكما واحدا وهو أن يكون مضمونا بالأقل من قيمته ومن الدين وذلك لا يختلف بين الأجنبي والقريب ولو رهن الوصي مال اليتيم عند الأجنبي بتجارة باشرها أو رهن اليتيم بدين لزمه بالتجارة صح لأن الصلح ٧ له التجارة تثميرا لماله فلا يجد بدا من الرهن لأنه إيفاء واستيفاء ولو رهن الأب متاع الصغير فبلغ الابن ومات الأب فليس للابن أن يسترده حتى يقضي الدين لأن تصرف الأب عليه نافذ لازم له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ ولو كان على الأب دين لرجل فرهن به مال الصغير فقضاه الابن بعد البلوغ رجع

به في مال الاب لانه مضطر اليه لحاجة الانتفاع بماله فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه به ولو رهن الاب مال الصغير بدين على نفسه وبدين الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس هكذا قال في العناية أقول في هذه الكلية منع ظاهر ألا ترى ان انسانا أو فرسا يطيق ان يحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الاحجار والاشجار مثلا ولا يطيق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطيق مقاتلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقاتلة مجموع العسكر معا وهذا في الامور الخارجية وأما في الاحكام الشرعية فكما لا يجوز للرجل ان يجامع كل واحدة من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح أو ملك يمين ولا يجوز ان يجامعهما معا فانتظم حكمه في حصة دين الاب بحكمه فيما لو كان كله رهنا بدين الاب وكذلك الوصي والجد أب الاب ولو رهن الوصي متاع اليتيم في دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي هلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعار لحاجة الصغير فلا يكون متعديا بذلك ولو هلك الرهن في يد الوصي لا يسقط من الدين شيء لخروجه عن ضمان المرتهن بالاسترداد والوصي هو الذي يطالب له على ما كان ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصغير لانه متعد فيه لعدم ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده ضمن قيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به ضمان الدين فان فضل شيء من القدر المضمون كان لليتيم لانه بدل ملكه وان لم يحل الدين يقضي من مال اليتيم لان الدين عليه وانما يضمن الوصي بقدر ما تعدى فيه وان كان الدين مؤجلا فالقيمة رهن فاذا حل كان على ما ذكرنا ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير ضمنه لحق المرتهن لا لحق الصغير لان استعماله في حاجة الصغير ليس بتعد في حقه وكذا الاخذ لان له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لمال اليتيم لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمن للمرتهن فيأخذه بدينه ان كان قد حل و يرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد في حقه بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذه به و يرجع الوصي على الصبي لما ذكرنا قال في المحيط رهن الوارث الكبير شيأ من التركة وليس على الميت دين جاز لانه يجوز بيعه فيجوز رهنه وان رد عليه سلعة باعها الميت بعيب فهلكت في أيديهم ولا مال له غير المرهون فالرهن جائز وصيا كان أو وارثا و يرجع به الوصي على اليتيم لان الدين انما وجب على الميت بعد الرد ولم يكن واجبا عند الرهن فصح الرهن فلا يبطل حق المرتهن للحوق الدين في التركة بسبب الرد لكن الراهن ضامن لقيمة الرهن لانه وجب قضاء الدين من ذلك المال ولكنه عجز عن القضاء بسبب رهنه بدينه فصار كالمتلف له فلزمه قيمته كرهن حق صاحب الدين وهو محل قضائه الا انه ان كان وصيا يرجع على الصغير لانه كان عاملا له وقد لحقه ضمان بسبب عمله وكذلك لو زوج الميت أمته وأخذ مهرها فاعتقها الوارث بعد موته قبل الدخول بها فاختارت نفسها وصار المهر دينا في مال الميت جاز الرهن لان هذا الدين الذي ثبت على الميت بعد الرهن لانه ثبت ببطلان النكاح بعد الرهن عند الاختيار والابن ضامن له لانه بالاعتاق أتلف حق الغريم وهو الزوج ولو استحق عبدا باعه الميت فرجع المشتري في ميراث الميت بالدين لم يجز الرهن لانه ظهر ان الرهن وقع وعلى الميت دين لانه ظهر ان ما قبض الميت من الثمن كان دينا عليه للمشتري لانه لم يجب له على المشتري مثل ذلك قال رحمه الله ﴿وصح رهن الحجرين والمكيل والموزون﴾ المراد بالحجرين الذهب والفضة وانما جاز رهن هذه الاشياء لامكان الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن وفي المبسوط اذا كان الرهن مثل الدين كيلا أو وزنا أو أكثر وقيمته مثل قيمته أو أكثر ذهب بما فيه لانه صار مستوفيا لمثل حقه وان كان أقل قيمة منه لم يذهب بالدين و يضمن المرتهن مثله و يأخذ منه دينه وكذلك اذا فسد ولو رهنه كر حنطة يساوي مائة بكر دقيق يساوي مائة فضاع الدقيق دفع المرتهن مثله ولم يذهب بالحنطة لانه أول كيلا منها وكذلك اذا فسد أو رهنه كرا جيدا بكرين رديئين والرهن يساوي كرا وضاع منها وهلك قال زفر رحمه الله تعالى يذهب بكر ردي لانه لا عبرة بالجودة في أموال الربا فصار الكر الجيد رهنا بكرين رديئين نصفه بهذا ونصفه بذاك وقال أبو يوسف ان شاء ضمنه مثل كره وأعطاه الدين وان شاء صير الكر بأحد الكرين وأعطاه الباقي لان الجودة في أموال الربا لا قيمة لها في غير عقود المعاوضات والرهن عقد استيفاء لا معاوضة حقيقة فصار كمن له الجياد اذا استوفى الرديء ومن له الرديء اذا استوفى الجياد وهلك له ان يرد المقبوض و يستوفي حقه منه فهذا مثل ذلك وقال محمد رحمه الله رجل رهن رجلا كرا من طعام قيمته ثلاثمائة درهم بكرين قيمتهما مائتان

وأصاب الكسر الرهن كان منه مائة مضمونة بمائة منه مائة وكيله وان على حاله فعلى المرتهن كر يساوي مائتي درهم وخمسين درهما لان الكسر الرهن كان منه مائة مضمونة باحد كرى الدين وكانت احدى هاتين المائتين مضمونة باحد كرى الدين والمائة الاخرى ليست مضمونة فكان في الرهن فضل مائتين في الجودة وقيمتها ثلثمائة فمائة منها مضمونة والمائة الاخرى أمانة فلما أصابه النقص من جودته مائة جعلنا نصفها من الامانة ونصفها من الضمان فسقط عنه حصة الامانة وهي خمسون درهما وغرم حصة الضمان وهي كر يساوي مائتين وخمسين ولو هلك نصفه ثم أصاب النصف الثاني ماء فصار يساوي مائة ونقصه الماء خمسين درهما يغرم المرتهن كرا قيمته مائتان وخمسة وعشرون لان النصف الهالك كانت قيمته مائة وخمسين أثلاثا ثلثه أمانة وثلثاه مضمون فبطل على المرتهن حصة الامانة ووجب عليه نصف كر يساوي مائة فكان المضمون نصفه وأما النصف الثاني لما نقصه الماء خمسين من الجودة كانت هذه الخمسون نصفها أمانة ونصفها مضمونة فبطلت عنه حصة الامانة خمسة وعشرون ولزمه نصف كر يساوي مائة وخمسة وعشرين

قال رحمه الله ﴿وان رهنت فضة بوزنها فهلكت هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة بالجودة﴾ لانه لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فانه يصير مستوفيا عنده اذا هلك باعتبار الوزن قلت قيمته أو كثرت لما ذكرنا وعندهما ان لم يكن في اعتبار الوزن اضرار بأحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه فكذلك وان كان فيه الحاق ضرر بأحدهما بان كانت قيمته أكثر من وزنه أو أقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان لانا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة أو رداءة وأسقطنا القيمة فيه اضرار بأحدهما ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارهما أدى الى الربا فتعين ما ذكرنا وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ان الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية واستيفاء الردىء بالجيد أو بالعكس جائز عند التراضي به هنا ولهذا احتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان عليه لعدم المطالبة ولان الانسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين لتعذر النقض وقيل هذه فروع ما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد ثم علم مكان الزيافة وهي معروفة وقيل لا يصح البناء لان محمدا فيها مع أبي حنيفة في المشهور عنه وفي هذه مع أبي يوسف وقيل فالصحيح ان البناء صحيح لان عيسى بن أبان قال قول محمد أولا كقول أبي حنيفة وآخرا كقول أبي يوسف ولئن كان مع أبي حنيفة فالفرق له ان الزيوف في تلك المسئلة قبضه استيفاء لحقه وقد تم بهلاكه والرهن قبضه ليستوفي من غيره ولا بد من نقض القبض وقد أمكن التضمين قال في المبسوط الاصل فيه عند أبي يوسف رحمه الله تعالى ان الصياغة والجودة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن في حق الضمان بل يعتبر حكمها بحكم الوزن ولا يجعل تبعا للوزن اذا لم يؤد الى الربا لانه مال متقوم بنفسه معتبر حقا للعباد ألا ترى انه لو أوصى المريض بثلث وزنه عشرة وقيمته لصياغته خمسة عشر وثلث ماله عشرة فان لم يكن في ملكه الا هذا القلب وخمسة عشر دينارا صح الوصية بوزن القلب كما لو كان وزن القلب خمسة عشر وتدخل الصياغة والجودة بالوزن في الوصية وكذلك في الرهن فحصل النقصان بكون النقصان شائعا في الامانة والمضمون فما كان في الامانة ذهب مجانا وما كان في المضمون ضمن القيمة ويملك الرهن بقدره والاصل عند محمد رحمه الله تعالى ان الصياغة تابعة للوزن غير معتبرة بنفسها في حق المداينات والمعاملات وهي معتبرة في المتلفات والمضمونات ثم ينظر ان كان في الوزن وقيمته وفاء بالدين وزيادة يصرف الدين الى الوزن والامانة الى الصياغة وان لم يكن في الوزن وفاء بالدين وفي قيمته وفاء بالصياغة فوزنه تضم الى الوزن من قيمة الصياغة لان الصياغة تابعة للوزن وهي بانفرادها لا تصلح لقضاء الدين فكان صرف الدين الى الوزن أولى من صرفه الى الضمان الا عند الضرورة فان لم يكن في الوزن وفاء بالدين وكان صرف الدين الى الوزن فانه يتم قدر الدين من الصياغة لانه يجوز ان يجعل التبع أصلا عند الضرورة والاصل عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ان العبرة للوزن دون الصياغة والجودة لان الوزن أصل والصياغة تبع له لانها صفة قائمة بالعين والصفة تابعة للاصل فتعتبر تبعا للوزن الا اذا تعذر ان تجعل تبعا للوزن لم تعتبر تبعا والحق بالوزن كما في مسئلة الوصية لانا لو جعلنا الصياغة تبعا للوزن يصير موصيا باكثر من ثلث ماله وانه لا يجوز فلهذه الضرورة لا تعتبر تابعة للوزن وفي حالة الهلاك الوزن مضمون بالدين لا بالقيمة فكذلك الصياغة تكون مضمونة بالدين وفي حالة الانكسار الوزن مضمون بالقيمة تبعا للاصل لئلا يصير التبع مخالفا للاصل ثم المسائل على ثلاثة فصول فصل فيما اذا كان الوزن والدين سواء وفصل فيما اذا كان الوزن أقل من الدين وفصل فيما اذا كان الوزن أكثر من الدين وكل فصل

ينقسم الى قسمين الى حالة هلاك والى حالة انكسار والقسم الاول على ثلاثة أوجه اما أن تكون القيمة مثل الوزن أو أقل أو أكثر
وكل قسم من الآخرين على ٧ خمسة أوجه اما ان تكون القيمة مثل الوزن أو أكثر أو أقل كما بين وصار الكل ثمانية وعشرين
وجها الفصل الاول رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن هلك بالدين بالاتفاق لانه مثله وزنا وجودة
فتم الاستيفاء بالهلاك وان انكسر فان شاء الراهن أخذ المكسور وقضى جميع الدين وان شاء ضمن جميع قيمته من الذهب وكانت
رهنا مكانه عندهما وعند محمد رحمه الله تعالى ان شاء الراهن تملك الرهن بالدين وان شاء أدى الدين وأخذ الرهن لمحمد رحمه الله
تعالى ان قبض الرهن لم ينعقد موجبا لقيمة العين لانه صدر عن اذن المالك لا عن تعد ولا تصلح مناط الضمان القيمة والعقد موجب
الضمان للرهن لانه به يصير مستوفيا للدين عند الهلاك فلزمه ضمان الرهن فتى تعذر ايجاب القيمة لزمه ضمان الدين فجعلته بالدين الا
اذا كان يؤدي الى الربا أو الى الاضرار باحدهما وقد أمن هاهنا كما جعلته بالدين ولهما أنه لا وجه الى ان يتملك المرتهن الرهن
بالدين لان العقد لا ينعقد لتملك الرهن فان الرهن عند الهلاك لا يصير ملكا للمرتهن بل يهلك على ملك الراهن ولكن المرتهن
بالقبض يصير مستوفيا لمالية العين عند الهلاك فكان ضمان الراهن ضمان الاستيفاء ولا يمكن جعله مستوفيا باعتبار الفائت
بالانكسار لان الفائت هو الجودة دون القدر والاستيفاء انما يتحقق من القدر دون الجودة ولا يمكن جعله مستوفيا باعتبار
القائم لانه لا يمكن جعل المكسور ملكا للراهن وضمان الرهن لا يوجب الملك في العين فدعت الضرورة الى ان يجعل مضمونا
بالقيمة لان تلك الاعيان بقيمتها مشروع وهذا بعقه وهو ان الراهن انما رضي بقبضه بشرط ضمان الرهن فاذا تعذر اثباته لعدم
رضاه بقبضه فصار كالقلب المغصوب اذا انكسر يكون مضمونا بالقيمة وكذا هنا فاما اذا كانت قيمته أقل من الوزن ان هلك
يهلك بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه فهما اعتبرا القيمة والجودة لا الوزن
لان في اعتبار الوزن واسقاط الجودة اضرارا بالراهن ولا يجوز الاضرار لصاحب المال بابطال حقه عن الجودة وفي جعله مستوفيا
لدينه بقدر قيمة القلب معنى الربا وهو استيفاء عشرة بثمانية فاذا تعذر جعله مستوفيا ضمن قيمته من خلاف جنسه وأبو حنيفة
رحمه الله تعالى اعتبر الوزن والموزون في جميع الديون فصار مستوفيا لدينه بالهلاك ولا يؤدي الى اضرار بالمرتهن لعتبر رضاه لانه
قبل الرهن مع علمه ان من حكم الرهن انه يصير مستوفيا للدين بهلاكه وصار راضيا باستيفاء جميع الدين بالهلاك متى تساويا في
الوزن وان كان القلب أقل من قيمة دينه لان المساواة في أموال الربا معتبرة من حيث القدر والوزن لا من حيث القيمة والجودة
وان انكسر ضمن قيمته عندهم جميعا أما عندهما فظاهر وأما عند محمد فلانا لو جعلناه بالدين يؤدي الى الاضرار وأما اذا كانت
قيمته أكثر من الوزن وهلك يهلك بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند محمد أيضا لان في الوزن والقيمة وفاء بالدين فصار
بالهلاك مستوفيا لدينه وفي الزيادة أمينا وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى خمسة أسداس مضمونة وسدسه أمانة لان عنده الصياغة
معتبرة ومتقومة اذا لم تؤد الى الربا فصار كان الرهن اثنا عشر وزنا فشاع الضمان والامانة فيهما فيصير بقدر الدين مضمونا
وأما اذا انكسر ان انتقص بالانكسار قيمة القلب من العشرة بان صارت تسعة أو ثمانية ضمن قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله
تعالى لان العبرة للوزن عنده وليس في الوزن وفاء بالدين ولا يمكن ايجاب ضمان الرهن فأوجبنا القيمة وعند أبي يوسف رحمه الله
تعالى ضمن خمسة أسداسه لان عنده الصياغة معتبرة فتكون قيمة الرهن أكثر من الدين وذلك اثنا عشر فيكون بقدر الدين
مضمونا والزيادة أمانة وعند محمد رحمه الله تعالى ان شاء جعله بجميع الدين وان شاء افتكه بجميعه لانه مضمون بالدين حالة الهلاك
فيكون مضمونا بالدين حالة الانكسار كما بينا وان لم ينقص قيمة القلب من العشرة بأن كانت قيمته بعد الانكسار عشرة فالمرتهن
يضمن قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس القلب وعند محمد رحمه الله تعالى يضمن
قدر وزنه لان الوزن في القيمة وفاء بالدين ولم يصر مستوفيا شيأ من المضمون فيكون مضمونا بالدين حالة الانكسار والوزن
مضمون بالقيمة فتصير الصياغة كذلك مضمونة بالقيمة تبعا للوزن وعند أبي يوسف كلاهما مضمون بالقيمة أصلا ويكون بعض
الرهن مضمونا والبعض أمانة فيشيع الضمان فيهما الفصل الثاني لو كان وزن القلب ثمانية والدين عشرة فهو على خمسة أوجه اما
ان كانت قيمته مثل وزنه أو أقل من وزنه سبعة أو أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة أو مثل الدين عشرة أو أكثر من الدين
اثنى عشرة وكل وجه لا يخلو اما ان هلك أو انكسر وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الفصول كلها الهلاك ثمانية ويرجع على الراهن

بدرهمين والانكسار بالقيمة وهذا وفي الانكسار بعد إلحاقه بضمان الرهن لما بينا أو بضمان القيمة فأما عندهما إن كانت قيمته مثل وزنه هلك بثمانية ويرجع المرتهن على الراهن بدرهمين بالإجماع وإن انكسر ضمن قيمته عند أبي يوسف وعند محمد له خيار التمليك بالدين والافتكاك لما بينا وإن كانت قيمته تسعة فعندهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه لأن القيمة معتبرة عندهما مع الوزن فالوزن إن كان يفي بثمانية فالقيمة لا تفي بثمانية فيخير المرتهن إن شاء رضي بهلاك الرهن بما فيه بثمانية وإن شاء غرم قيمته تسعة ورجع عليه بدينه وإن انكسر ضمن قيمته اتفاقا أما عندهما فظاهر وأما عند محمد فلأنه لا يمكن ترك القلب عليه بثمانية من الدين لأنه إذا ترك بثمانية يتضرر به المرتهن لأن قيمة الرهن لا تفي بثمانية وإن ترك بتسعة من جنسه تؤدي إلى الربا لأنه يصير مستوفيا ثمانية بتسعة وإن تعذر تركه عنده وإن كانت قيمته أكثر من وزنه وأقل من الدين بأن كانت تسعة وهلك هلك بوزنه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يغرم قيمته ويرجع بدينه لما بينا وإن انكسر ضمن قيمته بالإجماع وإن كانت قيمته أكثر من وزنه ووزنه مثل الدين بأن كانت قيمته عشرة فإن هلك يضمن قيمته من خلاف جنسه احترازا عن الربا والضرر وإن انكسر فالراهن بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه مثل قول أبي حنيفة رحمه الله للتعذر وعند محمد وإن كانت قيمته أكثر من وزن اثني عشر فعند أبي يوسف رحمه الله إن هلك يغرم خمسة أسداسه ويرجع بدينه لأن الصياغة عنده بمنزلة الوزن ولو كان الوزن اثني عشر يضمن خمسة أسداسه وهو عشرة فكذا هذا وعند محمد رحمه الله تعالى إن هلك ضمن قدر الدين بخمسة أسداس القلب لأن قدر الدرهمين من قيمة الصياغة أمانة عنده ولأنه يزيد على الوزن والدين جميعا ولا ضمان للمالك في الأمانة وإن انكسر انتقص بالانكسار مقدار الزيادة على العشرة فلا ضمان وإن نقص أكثر من فضل الجودة على الدين وذلك أكثر من درهمين فالراهن بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وأخذ المكسور وإن شاء ترك عليه بقيمته مضمونا من الذهب غير درهمين لأن قيمة الصياغة أربعة ووزن الرهن لا يفي بالدين فيضمن من قيمة الصياغة ما يتم به الدين وذلك درهمان فصار قدر درهمين من الصياغة مضمونا مع الوزن وقدر درهمين أمانة فيترك القلب عليه بقيمته غير درهمين ولا يترك بالدين لأنه يؤدي إلى الربا لأنه يصير مستوفيا ثمانية بعشرة وإن جعل مستوفيا ثمانية تضرر به الراهن فأوجبنا عليه القيمة من الذهب تحرزا عن الربا ونفيا للضرر عن الراهن الفصل الثالث ولو كان الدين عشرة والقلب خمسة عشر فهذا على خمسة أوجه إما إن كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر من وزنه أو أقل من وزنه أو أكثر من الدين أحد عشر أو مثل الدين عشرة أو أقل من الدين ثمانية وكل وجه لا يخلو إما إن هلك أو انكسر فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في الفصول كلها إن هلك هلك بما فيه وإن انكسر فاختار الراهن الترك يترك عليه بخمسة أسداس قيمته من الذهب وعندهما إن كانت قيمته مثل الوزن إن هلك ذهب ثلثاه بالدين والانكسار بالقيمة لأن المضمون بالرهن قدر ثلثيه وثلثه أمانة وبالانكسار يضمن قيمة المضمون لأن عنده كان الهلاك والانكسار بالدين لأنه أمكن جعله بالدين وتمليكه متى كان وزن ثلثيه وقيمته مثل الدين وهنا بالصياغة لم يرد قيمته على الوزن ولا عبرة للصياغة والعبرة للوزن بعضه مضمون أمانة فإذا انتقص من قيمته بالانكسار وقع التغيير في بعض المضمون فيتخير وإن كان قيمته أكثر من وزنه نحو أن تكون القيمة عشرين فإن هلك هلك ثلثاه بالدين عندهم جميعا لأن ثلثيه وفاء بالدين وزنا وقيمته ويهلك ثلثه أمانة وإن انكسر ضمن ثلثيه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن المضمون من القلب عشرة والصياغة تبع للوزن عنده فتصير الصياغة أيضا مضمونة تبعا للوزن ويبقى الثلث أمانة عنده وعند أبي يوسف يضمن نصفه لأن الصياغة عنده بمنزلة الوزن وقيمتها خمسة ووزن القلب خمسة عشر فصار كأن وزن القلب عشرون فيترك نصف القلب عليه بنصف قيمته وعند محمد رحمه الله تعالى ينظر إن كان نقص خمسة أو أقل لم تعتبر ويجبر الراهن على الافتكاك وإن نقص أكثر من خمسة فللراهن أن يسلم للمرتهن الرهن بدينه والباقي له لأن عنده القيمة زادت على الوزن فهي قيمة الصياغة وهي أمانة لأن الأمانة تنصرف إلى الصياغة متى ازدادت قيمته على وزنه والفائت قدر الأمانة وبقي الدين بحاله فيجبر الراهن على الفكاك ومتى انتقصت قيمته عن الوزن فقد تغير ما هو المضمون فيتخير الراهن فإن اختار الترك يترك ثلثه بالدين ويسترد الثلث لأنه إنما تملكه بالدين لا يملك بالقيمة عنده وإن كانت القيمة أقل من وزنه أو أكثر من الدين بأن يكون اثني عشر إن هلك هلك ثلثاه بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن الوزن وفاء بالدين وزيادة والزيادة أمانة وعندهما يغرم عن القلب خمسة أسداسه والأظهر أن تضمينه

قدر الدين لأن قدر الدين مضمون عليه وذلك مثل القلب لأن عندهما العبرة للوزن والقيمة جميعا وبالوزن والقيمة وفاء بالدين وزيادة والمضمون من الدين عشرة والزيادة أمانة وإن انكسر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله ما يساوي عشرة منه لأن عنده العبرة للوزن لا للقيمة وقدر المضمون من الوزن عشرة وعندهما إن اختار الترك يترك عليه عشرة أجزاء من اثني عشر جزأ من القلب باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن لأن عندهما القيمة معتبرة مع الوزن وإن كانت القيمة مثل الدين إن هلك يهلك بما فيه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بتخيير لأن عندهما القيمة معتبرة مع الوزن ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون من الرهن وهي عشرة لأن قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين فيتخير إن شاء جعله بالكاسد بما فيه وإن شاء ضمنه قيمته عشرة من الذهب فيكون رهنا عنده ويكون ذلك على حاله فيما إذا ضمن عن نفسه وإن انكسر ضمن مقدار ثلثي القيمة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لما عرف وعندهما يضمن قيمته لأن القيمة معتبرة مع الوزن عندهما وقيمته عشرة فيترك جميع القلب عليه بعشرة وإن كانت قيمته أقل من الدين بأن كانت ثمانية إن هلك يهلك بثلثي الدين والباقي يهلك أمانة عنده لأن عنده العبرة للوزن لا للقيمة وفي الوزن وفاء بالدين وزيادة وعندهما يغرم قيمته ويرجع بدينه لأن عندهما القيمة معتبرة مع الوزن وفي الزيادة إن كان وفاء بالدين فلا وفاء بالقيمة وله أن يضمن قيمة القلب ثمانية ويكون رهنا عنده وإن انكسر ضمن ثلثي قيمته عنده لما عرف وعندهما لكل ما عرف رهن عشرة دراهم بيضا بما صرف وفضل بعشرة سود تهلك بالسود عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله إن كانت قيمتها خمسة عشر سودا فقد ضمن ثلثيه وثلثه أمانة كما إذا ارتهن قلبا وزنه مثل الدين وقيمته أكثر منه

﴿فصل﴾ ارتهن قلب فضة وزنه خمسون بكر شعير أو فرس وقيمته من الدين سواء فإن هلك ذهب بما فيه لأنه بقيمته وفاء بالدين وإن انكسر فعلى ما وصفنا من رهن قلب وزنه عشرة بدينار وقيمته سواء فهو مكسر لأن الرهن من خلاف جنس الدين في المسألتين وثمة يغرم المرتهن قيمته من الذهب فيكون رهنا بالدين والقلب له وعند محمد رحمه الله تعالى يترك عليه بالدين وكذا إذا ارتهن خاتم فضة وزنه درهم وفيه فص يساوي تسعة ورهنه بعشرة فهلك الخاتم ذهب بما فيه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن تسعة من الدين بإزاء الفص ودرهما بإزاء الحلقة فتسقط تسعة بهلاك الفص وبدرهم بهلاك الحلقة لأن عنده العبرة للوزن لا للقيمة وهما في الوزن سواء وكذلك عندهما إذا كانت قيمة الحلقة درهما أو أكثر لأن الحلقة والدين مقابلته في الوزن والقيمة سواء وإن كانت قيمة الحلقة أقل من درهم فإنه يسقط من الدين تسعة بهلاك الفص وللمرتهن خيار في الحلقة لأن العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعا وهما إذا كان بالوزن وفاء فلا وفاء بالقيمة ولو هلك بما فيه من غير خيار لتضرر المرتهن بذلك كما إذا رهن قلبا وزنه عشرة بعشرة وقيمته ثمانية وقد هلك يخير المرتهن عندهما وكذا إذا رهنه قلب فضة بعشرة على أنه إن لم يجئ بالعشرة إلى شهر فهو بيع فالرهن جائز والشرط باطل لأنه علق البيع بالخطر وتعليق التمليك بالخطر لا يجوز ولو لم يعلق الرهن بالخطر إلا أنه شرط شرطا فاسدا والرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة ارتهن بعشرة دراهم فلوسا بسعرها فهلكت فهي بما فيها وإن انكسرت ذهب من الدين بحسابه لأن الفلوس لم تكن من مال الربا لأنها لم تكن موزونة بل هي عددية والجودة متقومة معتبرة في غير أموال الربا ألا ترى أن من غصب من آخر فلوسا فانكسرت عنده فللمالك أن يضمنه النقصان ولا يخير الراهن لأنه سقط بعض الدين بسبب فوت الجودة ولا معنى للتخيير بخلاف القلب لأنه لم يسقط شيء من الدين بالانكسار إذا بقي الوزن على حاله فوجب تخيير الراهن فيما يضرر عنه وإن كسدت فالدين بحاله لأنه لم يفت شيء من العين بالكساد لا الجودة ولا العين إنما غير السعر وتغير السعر لا عبرة به ارتهن طستا بدراهم وفيه وفاء وفضل فهلك فهو بما فيه وإن انكسر فما كان منه لا يوزن نقص بحسابه لأن للجودة قيمة في غير أموال الربا وما كان يوزن إن شاء أخذه مكسورا وأعطاه الدراهم وإن شاء ضمنه قيمته مصوغا من الذهب وكان ذلك للمرتهن ويأخذ الراهن القيمة وأعطاه دينه عندهما وعند محمد يترك بالدين كما في القلب والله تعالى أعلم قال رحمه الله ﴿ومن باع عبدا على أن يرهن المشتري بالثمن شيئا بعينه فامتنع لم يجبر وللبائع فسخ البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالا أو قيمة الرهن رهنا﴾ وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز هذا البيع بهذا الشرط وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باعه شيئا على أن يعطيه كفيلا حاضرا في المجلس فقبل الكفيل لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما ومثله مفسد للبيع ولأنه صفقة في صفقتين وهو منهي عنه وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لأن

الرهن للاستيثاق وكذا الكفالة والاستيثاق بلازم العقد فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس وقبل اعتبر فيه المعنى وهو الملائمة
وصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يتم معنى الكفالة والرهن للجهالة فكان
الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان الكفيل غائبا فحضر في المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن في
المجلس أو نقد المشتري الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز وقوله فامتنع لم يجبر أي امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر على
تسليمه وقال زفر رحمه الله تعالى يجبر لانه صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن قلت عقد الرهن تبرع
ولا جبر على المتبرع كالواهب غير أن للبائع الخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وبفواته
يوجب الخيار كسلامة المبيع عن العيب في البيع الا أن يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهنا لان
المقصود من الرهن المشروط يحصل بقيمته قال رحمه الله ﴿وان قال للبائع امسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن﴾
وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن أبي يوسف لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني أقلهما فيقضي بثبوته بخلاف
ما اذا قال أمسكه بدينك أو بمالك علي لانه لما قابله بالدين فقد عين الرهن ولنا أنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى
ايفاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة ألا ترى
أنه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا للتصريح بموجب البيع كأنه قال له بعتك بكذا أو أطلق في قوله هذا فشمل الثوب المبيع
وغيره اذ لا فرق أن يكون ذلك الثوب هو المشترى أو لم يكن بعد ان كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح أن يكون رهنا
بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه بخلاف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا
بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له امسك المبيع حتى أعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع ولو كان المبيع
شيأ يفسد بالمكث كاللحم والجمد فأبطأ المشتري وخاف البائع عليه التلف جاز للبائع أن يبيعه ووسع المشتري أن يشتريه ويتصدق
البائع بالزائد ان باعه بأزيد من الثمن الاول لان فيه شبهة وفي المنتقى رجل له على رجل دين فأعطاه ثوبا فقال امسك هذا حتى
أعطيك مالك علي قال أبو حنيفة رحمه الله هو رهن لانه أتى بمعنى الرهن وهو الامساك والحبس لاجل ايفاء الدين واعطائه
وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يكون وديعة لا رهنا لان الامساك محتمل قد يكون للرهن وقد يكون للوديعة فيحمل على الوديعة
لانها أدنى وهي متيقنة والرهن مشكوك فيه فان قال امسك هذا بمالك أو قال امسك هذا رهنا حتى أعطيك مالك فهو رهن
بالاجماع ولو قال أمسك هذا الالف بحقك واشهد لي بالقبض فهذا اقتضاء لان الاخذ والقبض بالدين لا يكون الا بجهة الاقتضاء
والاستيفاء ولو قال امسكها حتى آتيك بحقك فهذا رهن لانه أمره بالامساك للايفاء وذلك لا يكون الا بجهة الرهن ولو قضاه
الراهن مائة ثم قال خذ هذا رهنا بما كان فيها من زيف أو ستوق فهو رهن بالستوق لا بالزيوف لان الزيوف يقع بها الاستيفاء
وبالستوق لا رجل رهن رجلا متاعا بألف درهم فقال المرتهن للراهن هات لي فقال ارهنه بمالك فرهنه بتسعمائة انفسخ
الرهن الاول وانعقد الثاني فكذا هذا كما لو كان ابتاعه بألف ثم باعه بتسعمائة انفسخ الاول وانعقد الثاني قال رحمه الله ﴿ولو
رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته كالمبيع﴾ قيد بقوله بألف وأفاد أنه لم يفصل حصة كل واحد منهما فان
سمى لكل واحد منهما شيأ من الدين الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل لان العقد متحد ولا يتفرق بالتسمية كالبيع
وفي الزيادات له أن يقبض أحدهما اذا أدى ما سمي له لان التفرق يثبت في الرهن بتسمية حصة كل واحد منهما لان قبول
العقد في أحدهما لا يكون شرطا لصحة العقد في الآخر حتى اذا قبل في أحدهما صح فيه بخلاف البيع لان العقد فيه يتعدد
بتفصيل الثمن ولهذا لو قبل البيع في أحدهما دون الآخر بطل البيع في الكل لان البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه
لما أن العادة قد جرت بضم الرديء الى الجيد في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق ولا كذلك الرهن لان الراهن لا يتضرر بالتفريق
ولهذا لا يبطل به وهذه الرواية هي الاصح وقيد بالالف لانه لو رهن عبدين أحدهما بكذا والآخر بكذا ولم يبين لم يجز كذا
في الفتاوى العتابية قال رحمه الله ﴿ولو رهن عينا عند رجلين صح﴾ سواء كانا شريكين في الدين أو لم يكونا شريكين فيه
ويكون جميع العين رهنا عند كل واحد منهما لان الرهن أضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا يكون شائعا باعتبار تعدد المستحق
لان موجبه جعله محبوسا بدين كل واحد منهما اذ لا تضايق في استحقاق الحبس ولهذا لو رهن لا ينقسم على أجزاء الدين بل يكون كله

محبوسا بكل الدين وبكل جزء من أجزائه فلا شيوع قال صاحب العناية أخذا من النهاية قيل هو منقوض بما إذا باع من رجلين
أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان
المبيع والموهوب بينهما نصفين كما نص على المناصفة والجواب أن إضافة العقد إلى الذي توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا
للملك كالهبة والبيع فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتقسم عليهما والحبس
والرهن غير مفيد لذلك وإنما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محبوسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه
تحريا للجواز ولكن المعنى لا يمنعه في الرهن والشيوع تمنع فيه الهبة كلامه أقول بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز
عند الإمام لأن الهبة تمليك فلو [illegible] الاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل فيثبت الشيوع ضرورة وقد تقدم بيانه
في كتاب الهبة وكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر وهذا إذا كان مما لا يتجزأ ظاهر وإن كان مما يتجزأ وجب
أن يحبس كل واحد منهما النصف فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند الإمام خلافا لهما ه وفي المبسوط
مسائله على فصول الأول في رهن رجلين من واحد والثاني في ارتهان الرجلين من واحد والثالث في المسح ه فصل في رهن
رجلين بدين عليهما جاز رهنا وأحدهما جاز لأن قبض المرتهن يتحقق في الكل من غير شيوع فيفرق أصلا كما لا يوجب
شيوعا في الرهن فإنه يجوز أن يكون ملك الرجلين [illegible] واحتمال شيوع [illegible] فيكون كله
رهنا بالكل وأحدهما بدينه لأنه ما قصدا بعقد الرهن ولو صح الإيجاب في كل واحد منهما [illegible] كله بدينه تصحيحا للرهن
لأنه يحتال لتصحيح العقد ما أمكن وهذا ممكن ألا ترى أن من رهن عند آخر [illegible] صار رهنا كله بكل درهم منها حتى
لو قضى كل الدين إلا درهما بقي كل [illegible] رهنا بذلك الدرهم فكذا هنا [illegible] الرهن واحد لاتحادهما ولا يعتبر اختلاف
الدينين [illegible] ولو رهن [illegible] لاختلاف صفقة الرهن فيمكن الشيوع في كل صفقة ولو مات أحد
الراهنين [illegible] لأن الوارث يقوم مقام المورث في حقوقه [illegible] والرهن لا يبطل بموت الراهن ولا بموت
المرتهن فيبقى الرهن على حاله [illegible] ما بين بدين واحد وقيمة المالين سواء صار كل واحد منهما رهنا بنصف الدين ولو ارتهن
رجلان من رجل رهنا والدينان مختلفان أو المالان كالمختلفين جاز ولكل واحد منهما [illegible] لأن الدين أضيف
إلى كل العين ولا شيوع فيه [illegible] رهن لكل منهما [illegible] والمعنى من هذا [illegible] ضرورة
وهذا لما قابل الوصف بالتجزي فيصار محبوسا بالكل وأحدهما [illegible] وصار كل واحد منهما في النوبة
التي يمسك كالعدل في حق الآخر [illegible] صار كل واحد منهما [illegible] لأن [illegible] بما قبل الوصف بالتجزي
ولو قضى الراهن دين أحدهما ليس له أخذ شيء من الرهن وللآخر أن يمسكه حتى يستوفي دينه لأن العين صارت محبوسة لكل
واحد بكماله والعين الواحدة [illegible] على هذا لو اشترى رجلان شيئا واحدا وأدى أحدهما حصته لم يكن له
حصته شيئا وللبائع أن يحبسه كله حتى يستوفي ما على الآخر فإن هلك عنده بعدما قضى دين أحدهما [illegible] لما ذكرنا ولو تفاسخ
الراهن والمرتهن [illegible] لأن نقض الرهن لا يصح إلا [illegible] كالرهن لا يصح إلا بالقبض
لأن نقض الشيء معتبر بعقده [illegible] أن يرده لأن الرهن غير لازم في حق المرتهن رهن اثنان لم يكن
لأحدهما أن ينفرد بدون الآخر لأن أحدهما لو انفرد [illegible] حق الآخر [illegible] شائعا والرهن في بعض
شائع باطل [illegible] كل واحد منهما على الكمال ضرورة تصحيح [illegible] والصحيح في
تصحيح العقد لأن تصحيح الفسخ [illegible] أحدهما [illegible] يبقى في حق الآخر الرهن في جزء شائع وكان في
نفسه نقض الرهن في الكل ولا يملكه ولو [illegible] أحد شريكي المفاوضة جاز لأن تصرف أحدهما كتصرفهما حتى يكون رهن
أحدهما كرهنهما [illegible] أحدهما [illegible] ولا يملكه أحد شريكي العنان لأنه ليس تصرف أحدهما كتصرفهما حتى
لا يجعل رهن أحدهما كرهنهما [illegible] وقبضه [illegible] ولم يباشر العقد إذن شريكه كان المرتهن ضامنا حصة من لم يقبض
ويرجع فيه [illegible] على الذي [illegible] الرهن [illegible] فقال لا يرجع على المرتهن [illegible] يضمن على
الناس إلا إذا ادعى الوكالة من صاحبه ودفع إليه المرتهن من غير تصديق قيل في الجواب عنه أن عقد الشركة بينهما من حيث

الظاهر فصار بمنزلة دعوى الوكيل فإن قيام الشركة بينهما حال ظاهر لأن لكل واحد منهما حق القبض على صاحبه فصار المرتهن
مغرورا من جهته باعتماده على أن لأحد الشريكين القبض لقيام الشركة بينهما فيرجع بذلك وقيل لا يرجع إلا إذا قال وكلني صاحبي
بقبض نصيبه وكذبه المرتهن أو لم يكذبه ولم يصدقه كذا في المبسوط وذكر الفقيه أبو الليث في الفتاوى رجلان لكل واحد منهما
ألف درهم على رجل فارتهنا منه أرضا بينهما وقبضاها ثم قال أحدهما إن المال الذي لنا على فلان باطل والأرض في أيدينا تلجئة
قال الفقيه أبو الليث أبو يوسف رحمه الله يبطل الرهن لأن الدينين وإن كانا اثنين ولكن الرهن بينهما واحد وقد أقر أحدهما ببطلان
الدين والرهن فبطل الرهن أصلا وقال محمد رحمه الله تعالى لا يبطل الرهن ويبرأ من حصته من الدين والرهن بحاله لأن الدينين مختلفان
والرهن إنما صح بهما جميعا فإقراره صحيح في إبطال حقه دون حق شريكه فيبطل حق المقر في الدين والرهن ويبقى حق الآخر
فيهما على حاله الجامع لرجل على رجلين دين على أحدهما ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة فرهن عندنا شيئا يساوي
ألفين وهلك العبد صار كل واحد منهما موفيا أربعة أخماس دينه ويرجع من عليه الدراهم على الآخر بثمانين درهما ويرجع عليه
الآخر بأربعمائة درهم ولا يصح إلا مقاصة إلا برضاهما لأن الرهن أقل من الدين والدين ألفان وخمسمائة والرهن ألفان فما هلك ذهب
من الدين قدر قيمته وذلك ألفان وهي من ألفين وخمسمائة أربعة أخماس الدين فصار كل واحد منهما بالهلاك قابضا أربعة أخماس دينه
وذلك بما يخصه من نصيبه من العبد ونصيبه من نصيب صاحبه لما ذكرنا أن كل واحد من الراهنين صار راهنا جميع العبد بدينه
فصار من عليه الدراهم قاضيا ثمانمائة درهم نصفها من مال صاحبه وذلك أربعمائة فيرجع عليه صاحبه بذلك لأن من قضى دين
غيره بأمره فله أن يرجع بما قضى عليه والمقاصة لا تصح في الجنسين المختلفين إلا أن يتقاصا وخرج على هذا الأصل لو كان الدين
ثلاثة آلاف على أحدهم ألف وخمسمائة وعلى الآخر … وعلى الثالث خمسمائة درهم والهالك عند أيديهما الراهن قيمته ألفان فهلك
في يده صار كل واحد منهما قاضيا ثلثي دينه … إلا أن كل واحد منهما صار قاضيا ثلثي دينه ثلث ذلك من نصيبه وثلثاه من
نصيب صاحبه فيرجعان على القاضي بما قضى دينه من نصيبهما على نحو ما ذكرنا والله أعلم قال رحمه الله ﴿والمضمون على كل حصة
دينه﴾ لأن كل واحد منهما صار مستوفيا بالهلاك وليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما لأن الاستيفاء مما يتجزأ
قال في العناية أخذا من النهاية اعترض عليه بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتفى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء
الحقيقي بالاستيفاء الحكمي فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير بقاء عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد
الراهن ما قضاه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن
كما ذكرنا وكان كل واحد منهما مستوفيا حصته من … وفاء بينهما … فإن استوفى حقه من
عليه رد ما قبضه ثانيا اهـ قال رحمه الله ﴿فإن قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر﴾ وكان كله محبوسا بكل جزء من أجزاء
الدين فلا يكون له استرداد شيء منه مادام شيء من الدين باقيا كما إذا كان المرتهن واحدا وكالبائع إذا أدى حصة بعض المبيع وإذا
رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لأن قبض
الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فصار نظير البائع وهما نظير المشتريين قال رحمه الله ﴿وبطل بينة كل واحد منهما على رجل
أنه رهنه عنده وقبضه﴾ معناه أن رجلين في يده عبد وأقام رجلان بينة أنه رهنه العبد الذي في يده فهو باطل لأن كل واحد منهما
أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد ولا تصور ذلك لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذاك في حالة واحدة
فيتعذر القضاء به لأحدهما لعدم الأولوية ولا وجه إلى القضاء بالنصف لأنه يؤدي إلى الشيوع فيتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا ولا يمكن
أن يقدر كأنهما ارتهناه معا استحسانا بجهالة التاريخ لأن ذلك يؤدي إلى العمل بخلاف ما اقتضته الحجة لأن كلا منهما أثبت ببينته حبسا
يكون وسيلة إلى مثل شطره بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة وكان العمل بالتهاتر أولى لعود أثره المستمر وهو أن كل واحد
منهما أثبت الحق بنفسه على حدة لم يرض بمزاحمة الآخر قال في العناية وهو أحد الوجوه في هذه المسألة وحملها أن العبد إما أن يكون في
أيديهما أولا أو في يد واحد منهما فإن كان في يد أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء كما يعدم
الآن بعد الآخر بينة أنه الأول فإنه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وإن لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا
وكان قياسا واستحسانا وإن كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى وإن لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر من القياس

والاستحسان قال محمد في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب اهـ أقول بخلاف ما إذا ارتهنا جملة لأن العقد فيه من جانب الراهن واحد وهنا أثبت كل واحد منهما عقدا آخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز بخلاف ما لو كان ذلك بعد موت الراهن على ما بين من الفرق فإذا وقع باطلا فإذا هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له هذا إذا لم يؤرخا فإذا أرخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبته في وقت لا ينازعه فيه أحد وكذا إذا كان الرهن في يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه من القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد وقد تقدم ظاهر بيان مع جوابه ما قال رحمه الله ﴿ولو مات راهنه والعين في أيديهما وبرهن كل واحد على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه﴾ وهذا استحسان وهو قول أبي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف لأن المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء وهو الحكم الأصلي لعقد الرهن فيكون الحكم به حكما بعقد الرهن إذ لا يثبت الحكم بدون علته وإنه باطل بالشيوع كما في حال الحياة والحبس في الشائع لا يقبله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشائع يقبله فصار كما لو ادعى رجلان نكاح امرأة وادعت أختان أو خمس نسوة النكاح على رجل فإن البينتين يتهاتران في حالة الحياة ويقبلان بعد الممات لأن حكمهما في حالة الموت ثبوت ملك المال وهو يقبل الشركة والانقسام وقوله والعين في أيديهما وقع اتفاقا حتى لو لم يكن العين في أيديهما وأثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك ولهذا لم يذكر اليد في المسألة الأولى ولو تركه هنا لكان أولى والله تعالى أعلم

﴿باب الرهن يوضع على يد عدل﴾

لما فرغ من الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الأحكام الراجعة إلى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب أبدا يقفو حكم الأصيل ثم إن المراد بالعدل هنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيدا آخر حيث قالا ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الأجل أقول لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب وإلا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الأجل ليس بأمر لازم في معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأمور بالحفظ فقط اهـ قال رحمه الله ﴿ووضعا الرهن على يدي عدل صح﴾ ولم يبين المؤلف العدل الذي يصح وضع الرهن على يده والذي لا يصح قال في العتابية لو شرط المأذون أن يكون رهنه عند مولاه لم يجز مديونا كان أو غير مديون ولو شرط المولى أن يكون رهنه عند عبده المأذون أو المكاتب جاز ولو شرط أحد شريكي المفاوضة أو العنان أو المضارب أو رب المال أن يكون عند الشريك الآخر أو عند المضارب أو رب المال لم يجز ولو اشترى لابنه الصغير وشرط في الرهن بالثمن أن يكون عند الأب لم يجز ولو أعطاه الكفيل رهنا وشرط أن يكون عند الأصيل أو العكس جاز ولو كان الرهن في يد عدل غائب أودعه عند من في عياله فهو يطالبه بالدين إلا أن ينكر الإيداع أو يدعي أمنه فإن كان لا يدري أين هو حلف المرتهن على العلم بالهلاك ويأخذ دينه ولو كان الرهن في يد عدلين سيأتي بيانه ولم يعرف المؤلف العدل قالوا في تعريفه هو الذي يقدر على البيع والإيفاء والاستيفاء مسلما كان أو ذميا أو حربيا مستأمنا ما دام في دارنا ولو كان العدل غير عاقل فوضع الرهن على يديه لم يكن رهنا لأنه لم يصح منه البيع والإيفاء والاستيفاء وإنما المقصود من العدالة كذا في المحيط وسيأتي لو كان العدل عبدا محجورا أو صبيا وقال زفر وابن أبي ليلى لا يصح الوضع عند العدل لأن يد العدل يد المالك ولهذا يرجع إليه إذا استحق الرهن بعد الهلاك وبعد ما ضمن العدل قيمته فاصمن المستحق فانعدم القبض ولنا أن يده يد المالك في الحفظ لكون العين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين لتحقق ما قصداه لأن كلا منهما أمينه فصارت يده كيدهما ولهذا لا يكون لأحدهما أن يأخذه منه على الخصوص ولو كانت يده يد أحدهما على الخصوص كان له أن يسترده منه ويجوز أن تجعل اليد الواحدة في حكم يدين ألا ترى أن الساعي جعلت يده كيد الفقير وكيد صاحب المال حتى إذا هلكت الزكاة في يده أجزأته ولو قدم الزكاة قبل الحول فانتقص المال وتم الحول على النقصان يتم النصاب بما في يد الساعي كأنه في يد المالك فتجب عليه الزكاة ولا يملك استرداده ولو لم يجعل كأنه في يد المالك لم يتم النصاب ولو لم تجعل يده كيد الفقير لملك استرداده وإنما يرجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق لأن هذا الضمان ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ووجد ذلك من الراهن ولم يوجد من المرتهن ولا يجب عليه بخلاف ما إذا اتفق البائع والمشتري على وضع المبيع في يد عدل حيث تكون يده يد البائع فحسب لأن في جعله نائبا

عن المشتري يعتبر موجبا للعقد فان موجب عقد البيع ان تكون يد البائع على المبيع يد نفسه في حق العين والمالية جميعا لانه
ليس بنائب عن المشتري بوجه ما واذا كان في جعله نائبا عنه فيما يعتبر حكم البيع اعتبر نائبا عن البائع لان اليد كانت له في الاصل
ولا كذلك الرهن لان عينه أمانة في يده بل في يد المرتهن أيضا والمالية فيه هي المضمونة وهي في حق المرتهن فأمكن أن تقوم
شخص واحد مقامهما لاختلاف حقهما فيه وعدم تعيين من وجه قال رحمه الله ﴿ولا يأخذه أحدهما منه﴾ أي من العدل لانه
تعلق به حقهما لان حق الراهن تعلق بالحفظ بيده وأمانته وحق المرتهن في الاستيفاء فلا يملك كل واحد منهما ابطال حق الآخر
ولو شرطا أن يقبضه المرتهن ثم جعلاه على يدي عدل جاز لان ما جاز للعدل أن يقوم مقام المرتهن في الابتداء فكذلك في البقاء
ولو دفع العدل الرهن الى الراهن أو المرتهن يضمن لانه متى دفع الى المرتهن فقد دفع الامانة بغير اذنه كما لو دفع الى أجنبي ومتى دفع الى
الراهن فقد أبطل ملك اليد والحبس على المرتهن فانه يثبت له ملك اليد والحبس بقبض العدل وابطال ملك اليد كابطال ملك العين
في ايجاب الضمان فان من أتلف الرهن يضمن للمرتهن كما يضمن للراهن وان قبضا القيمة من العدل وجعلاها رهنا في يد العدل
ثم قضى الراهن دين المرتهن فاراد أن يأخذ القيمة من العدل ينظر ان كان العدل ضمن بدفع الرهن الى الراهن ليس له ذلك لانه
وصل اليه حقه فتبقى القيمة للعدل وان كان ضمن بدفع الرهن الى المرتهن فللراهن أخذ القيمة منه لانه لو كان الرهن قائما بعينه
في يده بعد قضاء الدين فللراهن أخذه وكذلك أخذ بدله ثم العدل هل يرجع بالقيمة على المرتهن ينظر ان كان دفع الرهن اليه على
وجه العارية والوديعة لا يرجع بقيمة ما دفع اليه ان كان هلك الرهن في يد المرتهن لان العدل لما ملك القيمة فقد ملك الرهن بالضمان
فصار معيرا ومودعا ملكه فان دفع اليه رهنا بأن قال خذه فانه رهنك خذه واحبسه يرجع العدل عليه بالقيمة لو هلك في يده لانه ملكه
بأداء الضمان وقد دفع الى المرتهن بجهة مضمونة وهي الرهن فصار كما لو دفعه اليه على سوم القرض والبيع وهذه التفريعات
ذكرها الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالى ولو كان العدل رجلين والرهن مما لا يقسم فوضعاه عند أحدهما جاز ولم يضمنا لان
اجتماعهما على حفظ جميع الرهن في الاوقات كلها وهو لا يقسم متعذر فلم يبق امكان الحفظ الا بالتهايؤ ومطلق الامر بالحفظ
ينصرف الى حفظ يمكن بدلالة حالة الامر وذلك بالتهايؤ والثابت دلالة كالثابت نصا فحل الدفع الى أحدهما باذن المالك فلم يضمنا
وان كان مما يقسم يضمن القابض بالاجماع ويضمن الدافع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما على ما عرف في الوديعة قال
رحمه الله ﴿وهلك في ضمان المرتهن﴾ لان يده في حق المالية يد المرتهن والمالية هي المضمونة ولو دفع العدل الرهن الى أحدهما
ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وكل منهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي
واذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتعدي فيه اما بالاتلاف أو بدفعه الى أحدهما أو أتلفه المدفوع اليه لا يقدر العدل أن يجعل القيمة رهنا
في يده لان القيمة واجبة عليه ولو جعلها رهنا في يده يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن يأخذانها منه ويجعلانها رهنا عنده
أو عند غيره ويجوز فان تعذر اجتماعهما رفع أحدهما الامر الى القاضي ليفعل ذلك فان جعل القيمة رهنا برأيهما أو برأي القاضي
عند العدل الاول أو عند غيره ثم قضى الراهن الدين وقد تقدم بيانه قال رحمه الله ﴿فان وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما
ببيعه عند حلول الدين صح﴾ لان الراهن مالك فله أن يوكل من شاء من الاهل ببيع ماله مطلقا ومنجزا لان الوكالة يجوز تعليقها
بالشرط لكونها من الاسقاطات لان المانع من التصرف حق المالك وبالتسليط على بيعه أسقط حقه والاسقاطات يجوز تعليقها
بالشروط ولو أمر ببيعه صغيرا لا يعقل فباعه بعد ما بلغ لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يصح لقدرته عليه عند الامتثال
هو يقول ان أمره يقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا قال رحمه الله ﴿فان شرطت في عقد الرهن لم ينعزل بعزله
وبموت الراهن والمرتهن﴾ لان الوكالة لما شرطت في عقد الرهن صارت وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى انها لزيادة
الوثيقة فلزم بلزوم أصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه وصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا
حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم بأصله فكذا بوصفه وكذا لا ينعزل بالعزل
الحكمي بموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بموته ولو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم
عليه كما يقدم على حق الراهن بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وينعزل بعزل الموكل لما عرف في موضعه وهذه الوكالة
تخالف المفردة من وجوه منها ما ذكرنا ومنها ان الوكيل هنا اذا امتنع عن البيع يجبر عليه بخلاف الوكالة المفردة ومنها انه اذا

بيع الولد والارش بخلاف المفردة ومنها انه اذا باع بخلاف جنس الدين كان له أن يصرفه الى جنس الدين بخلاف المفردة ومنها ان الرهن اذا كان عبدا وقتله عبد خطأ ودفع القاتل بالجناية كان لهذا الوكيل أن يبيعه بخلاف المفردة واعلم انه لا ينعزل بعزل المرتهن لانه لم يوكله فكان أجنبيا عنه بالنسبة الى الوكالة وهذا اذا عزله الموكل لا ينعزل وبعزل غيره أولى أن لا ينعزل وقيد المؤلف بقوله شرطت في عقد الرهن ولو كانت بعد عقد الرهن ذكر الكرخي في مختصره للراهن أن يعزله و ينعزل بموته لان التوكيل بالبيع وقع منفردا عن الرهن واعتمادنا انها من توابع الرهن لكونها مشروطة فيه واذا لم تشترط في الرهن اعتبرت وكالة مبتدأة وروى عن أبي يوسف انه لا ينعزل وهو اختيار بعض مشايخنا لان المشروط بعد الرهن ملتحق بالعقد لان اشتراط البيع حتى لو وفى دينه من ثمنه زيادة ايفاء وثيقة كما لو شرط في الرهن لانه يثبت في الرهن ايفاء حكمي و باشتراط البيع فيه تثبت أيضا حقيقة فكان اشتراط زيادة أيضا الزيادة في المعقود عليه تلتحق بأصل العقد وصار كالمشروط فيه ابتداء وكالزيادة في الثمن ولو مات العدل انتفت الوكالة حتى لو أوصى ببيعه لم يجز والرهن على حاله لان الراهن رضي ببيعه ولم يرض ببيع غيره وقد وقع العجز عن البيع بنفسه وبنائبه فبطلت الوكالة ضرورة والرهن لا يبطل لان العدل نائب عن الراهن والمرتهن في الامساك والحفظ والرهن لا يبطل بموتهما فبموت نائبهما أولى ولو اجتمع الراهن والمرتهن على وضعه على يدي عدل آخر وقد مات الاول أو على يدي المرتهن جاز لان الحق لهما فان اختلفا وضعه القاضي على يدي عدل وان شاء على يدي المرتهن لان للراهن والمرتهن حق في الامساك والحفظ فينصب القاضي عدلا آخر يمسكه ويحفظه نائبا عنهما لان القاضي نصب لايفاء حقوق الناس واذا علم القاضي ان المرتهن متهم العدل في العدالة لم يضعه على يديه وان كره الراهن لانهما كان لهما ولاية الوضع على يدي عدل آخر مع اباء الراهن فكذا له ولاية الوضع على يدي المرتهن فأما اذا أراد أن يضعه على يدي الراهن ذكر في بعض الروايات ليس له ذلك لانه لا يفيد لان المقصود من الرهن الاستيفاء وذلك بأن يضجر الراهن بامساك الرهن عنه فيسارع في قضاء دينه وذلك لا يحصل متى كان الرهن في يده فيكون الوضع في يده اشتغالا بما لا يفيد وذكر في بعض الروايات له ذلك لان الضجر لم يثبت من كل وجه لان العين وان كانت في يده لكن دين ممنوع عن الانتفاع به فالعجز عن الانتفاع بما يضجره وبازاء ما فات من الضجر حصل للمرتهن منفعة أخرى وهو انه متى هلك في يد الراهن لا يسقط من دينه كما لو كان عارية منه وهلك في يده وان اتفقا على وضعه على يد عدل أو سلطا رجلا آخر على بيعه وسلم الثمن الى المرتهن أو سلطا المرتهن على بيعه جاز وليس له فسخه وعزله لما بينا ولو عزلا العدل سلطا غيره أو لم يسلطا جاز لانهما لو اتفقا على فسخ الرهن جاز وكذا على ما شرط فيه ومن التسليط على البيع المرتهن لو قبضه وجعل الراهن مسلطا على بيعه جاز لان الرهن أوجب حكمه وهو الحبس دائما الى قبضه المرتهن فاذا فات القبض والحبس بعد ذلك فيتصور وجوده في كل زمان لان للمرتهن حق استرداده ولا يبطل عقد الرهن لان فوات حكم العقد في وقت يتوهم ويرجى عوده لا يوجب بطلان العقد كما لو أعاره من الراهن وهذا اذا شرطا بعد الرهن فأما اذا شرطا في الرهن ان يكون العدل هو الراهن لا يصح الرهن وان قبضه المرتهن لانه اذا شرط في الرهن ان يكون الرهن عنده ساعة وعنده أخرى كما لو قال يوما و يوما لا المرتهن واذا وسلط الراهن رجلا على بيعه واذا باعه الثمن ولم يقبضه المرتهن لم يكن رهنا لعدم قبضه بنفسه ولا بنائبه وبيع العدل اياه جائز بالوكالة والثمن يدفع الى الراهن فان دفعه الى المرتهن لم يضمن و ينعزل العدل بموت الراهن والرهن اسوة الغرماء لان الرهن لم يصح فلم يتعلق حق المرتهن بالثمن لانه أمره بالبيع و بقضاء الدين من الثمن والمأمور بقضاء الدين ان شاء دفع الى الآمر وان شاء دفع الى الغريم و يكون هذا وكيلا محضا حتى لا يجبر العدل على البيع و ينعزل بموت الآمر لانه شرط البيع في رهن غير لازم ولا يكون البيع لازما لو قتل العبد المرهون عند العدل المسلط على بيعه أو دفعا بعينه عبد ودفع مكانه فهو مسلط على بيعه بمنزلة الاول لان العبد المدفوع صار رهنا لان حق المرتهن كان ثابتا في الاول والعدل قائم مقام الاول فتثبت ولايته في الثاني حسب ثبوت ولايته في الاول بخلاف الوكيل المفرد لانه ما ثبت له حق بيع الاصل حتى يسري الى بدله ولو كان العدل عبدا محجورا أو غير محجور أو صبيا عاقلا مأذونا أو غير مأذون جاز ولا تلزمهما العهدة الا باذن المولى والولي لانهما لا يؤاخذان بضمان الاقوال الا باذن المولى والولي قال رحمه الله ﴿وتبطل بموت الوكيل حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه﴾ لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن أبي يوسف انه ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملك الوصي كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصي المضارب بيعها المال لازم بعدما صار عروضا قلنا الوكالة حق على الوكيل ولا تورث عنه لان الارث يجري في حق له لا في

حتى عليه ووجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لانها حق المضارب فيورث عنه فتقوم الورثة مقامه فيه ولان المضارب له ولاية
التوكيل في حياته فجاز ان يقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالاب في مال الصغير والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره
مقامه بعد موته ولو أوصى الى رجل ببيعه لم يصح الا اذا كان مشروطا في الوكالة فيصح لانه لازم بوصفه وفي الذخيرة لو مات العدل
بطل التسليط وفي السراجية العدل المسلط على البيع اذا باع البعض بطل الرهن في الباقي واذا باع العدل الرهن ووقع الاختلاف
بين الراهن والمرتهن والعدل في مقدار الثمن فقال العدل بعت بمائة وأعطيتها المرتهن وقال المرتهن باعه بخمسين فالقول للمرتهن
مع يمينه كذا في الخانية وان أقام البينة فالبينة بينة الراهن واذا كان العدل مسلطا على البيع اذا حل الاجل فقال المرتهن كان الاجل
الى شهر رمضان وقد دخل شهر رمضان وقال الراهن الى شوال فالقول قول الراهن وفي وقت حلول الاجل القول قول المرتهن واذا
باع العدل بالنسيئة جاز البيع من غير تفصيل كذا في الاصل وفي غيره اذا باع بنسيئة غير معهودة بان باع الى عشر سنين ينبغي ان
لا يجوز عندهما وقال القاضي أبو علي النسفي ان تقدم من الراهن ما يدل على البيع بالنقد بان قال المرتهن طالبني بدينه ويؤذيني
فبعه حتى أوفيه فباعه بالنسيئة لا يجوز بمنزلة ما لو قال بعه فاني محتاج الى النفقة وفي الذخيرة لو كان المرتهن هو العدل فقال له الراهن
بعه واستوف ذلك من ثمنه فباعه بالنسيئة يجوز كيفما كان وقال شمس الائمة السرخسي لو لحق العدل جنون يقع الاياس من
افاقته فينعزل وان كان يرجى افاقته لا ينعزل حتى اذا عاد عقله اليه له ان يبيع وان باع في حال جنونه لا يصح والعدل في حق العين
كالمودع فما جاز للمودع جاز للعدل ولا يملك ان يسافر بالرهن اذا كانت الطريق مخيفة واذا كان الطريق آمنا وفيما له حمل لا يملك
السفر وفي الغياثية اذا مات المرتهن يبيع العدل العين المرهونة بحضرة الورثة ولو باع العدل ثم رد عليه بعيب رجع به على الراهن الا ان
يكون الرد عليه باقراره بعيب جاز ان يحدث في المدة ولو صدقه الراهن بالعيب في يده يرجع به عليه ولو اختار العدل أحدهما فأفلس
ليس له أن يرجع على الآخر ولو قال المرتهن كان قيمته يوم الرهن كذا ثم ادعى النقصان لم يصدق ولا يرجع بالنقصان الا اذا كان
تراجع السعر في تلك المدة معروفا ولو قال العدل بعت وقبضت الثمن وهلك عندي أو دفعته اليك صدق عليه وفي الخانية رهن شيأ بدين
مؤجل وسلط العدل على بيعه اذا حل الاجل ولم يقبض العدل الرهن حتى حل الدين فالرهن باطل والوكالة بالبيع باقية ولو رهن شيأ
بدين مؤجل وسلط العدل على البيع مطلقا ولم يقل عند حلول أجل الدين فللعدل أن يبيعه بعد ذلك وفي المنتقى والذخيرة عن
أبي يوسف رهن من آخر عبدا ووضعاه على يد عدل وغاب الراهن فقال المرتهن أمرتك ببيعه وقال العدل لم يأمرني ببيعه قال لا أقبل
بينة المرتهن عليه وفي الاجناس العدل أوصى الى رجل ببيع الرهن لم يجز الا ان يكون الراهن قال له في أصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن
وأجزت لك ما صنعت فحينئذ يجوز لوصيه بيعه ولا يجوز للوصي ان يوصي الى ثالث روى الحسن عن أبي حنيفة ان وصي العدل يقوم
مقام العدل في البيع وروى ابن مالك عن أبي يوسف ان وصي العدل يقوم مقام العدل في البيع بمنزلة المضارب يموت والمال عروض
فان وصيه يقوم مقامه في البيع قال الحاكم أبو الفضل هذا الجواب خلاف جواب الاصل شرح الطحاوي فان سلط العدل على البيع
وأداء الثمن منه جاز بيعه عند أبي حنيفة فيما عز وهان وبأي ثمن كان من قبيل المطلق بالبيع فان باعه بجنس الدين فانه يقضي دينه من
الثمن وان باعه بخلاف جنس الدين فانه يبيع الثمن بجنس الدين ويقضي دين المرتهن وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
يبيعه بالدراهم والدنانير بمثل قيمته أو أقل بقدر ما يتغابن الناس فيه فان باعه بجنس الدين يقضي به الدين وان باعه بخلاف جنسه
صرفه بجنس الدين وقضى الدين وذكر في الاصل اذا كان المرتهن مسلطا على البيع فأقام بينته انه باع بتسعين وأقام الراهن
بينته انه مات في يد المرتهن أخذ ببينة المرتهن وقال أبو يوسف يؤخذ ببينة الراهن والظاهر ان العدل وكيل عن غيبته بلفظ
الوكيل قال رحمه الله (فان حل الاجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب اذا غاب موكله
أجبر عليها) لان الوكالة بالشرط في عقد الرهن صارت وصفا من أوصاف الرهن ولزمت كلزومه ولان حق المرتهن تعلق بالبيع
وفي الامتناع ابطال حقه فيجبر عليه كما في الوكيل بالخصومة اذا غاب موكله والجامع بينهما ان في الامتناع فيهما ابطال حقيهما
بخلاف الوكيل بالبيع لان للموكل ان يبيع بنفسه ولا يبطل حقه أما المدعي فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لا يملك
البيع بنفسه وقوله وغاب الراهن يظهر انه قيد في جبر العدل على البيع وليس كذلك قال في المحيط ولو أبى العدل البيع وقد
سلط عليه يجبره القاضي على بيعه لان الوكالة صارت حق المرتهن حتى لو أراد العدل استرداد الرهن للراهن حتى يبطل الامانة

منع من ذلك والعدل يفارق الوكيل المفرد بالبيع في أربعة أشياء قدمنا ثلاثة منها والرابع العدل يملك المصارفة بالثمن اذا باع
العين بخلاف جنس الدين بخلاف الوكيل المفرد لان العدل مأمور بقضاء الدين فيملك المصارفة بالثمن من جنس الدين حتى يملك
ايفاء الدين كما لو قال لآخر اقض ديني من داري كان مأمورا ببيع الدار وبايفاء الدين من ثمنها ولو وكل العدل ببيع الرهن وكيلا فباع
جاز ان كان حاضرا وان كان غائبا لم يجز الا ان يجيزه بعد البيع كما في الوكيل المفرد على ما مر وكذلك لو قدر العدل للوكيل ثمنا
جاز مطلقا وقيل هو على التفصيل الذي ذكرنا وقيل فيه روايتان في رواية الوكالة انه لا يجوز الا ان يبيع بحضرته أو باجازته
وفي رواية الكتاب يجوز مطلقا لان هذا بيع حضره رأي الاول لان الرأي انما يحتاج اليه من الاول لتقدير الثمن لان ثمن الشيء
لا يعرف الا بالرأي فاذا قدر الاول الثمن وقد باع الثاني بذلك المقدار فقد حضر رأي الاول وان لم يعقد بعبارته والشرط ان يكون
برأيه وقد وجد فصار كما لو باع بحضرته وجه رواية الوكالة ان هذا بيع لم يحضره الاول لان رأي الاول بالثمن الذي قدر يعلق بعدم
العلم برغبة المشتري في الزيادة في ثمن المبيع وبعدم زيادة ورواج السلعة لان الاول متى علم من المشتري الرغبة في المبيع بالزيادة
على الثمن المذكور لا يجيزه في ذلك فيكون في ذلك احتمال فلا يثبت رأي الاول بالشك والاحتمال بخلاف ما لو أجاز فان الثاني لا يصير
مؤتمنا بالنيابة الاول ضرورة صحة الاجازة فانه لا بد من الحكم بصحة الاجازة اذا حصلت الاجازة ممن يملك الانشاء وائتمان
الاجنبي يثبت حالة الضرورة كالمودع اذا دفع الوديعة الى الاجنبي حالة الخوف والغرق جاز وفي غير هؤلاء لو صار الثاني مؤتمنا
فانما يصير مؤتمنا ضرورة صحة التوكيل ولا ضرورة الى الحكم بصحة التوكيل لانه ليس انشاء عقد ولا اجازة وائتمان الاجنبي
من غير ضرورة لا يجوز فكانت هذه الرواية أصح باعه أجنبي فأجازه الراهن والمرتهن وأبى العدل جاز ولو أجاز أحدهما دون
الآخر لم يجز لان الحق لهما لا يعدوهما لان الملك للراهن والحق للمرتهن فيشترط اجتماعهما على الاجازة فاذا أجازا جاز وكان
ذلك اخراجا للعدل عن الوكالة وتوكيلا للآخر بالبيع ولهذا لو كان للراهن أرض خراج أو عشر وأخذ الخراج والعشر
من الراهن لا يرجع في ثمنه لان الراهن صار قاضيا حقا واجبا عليه فلا يرجع به في حال تعلق به حق غيره وان أخذ ذلك من الثمرة
أو الغلة لا يبطل شيء من الرهن لان هلاك الزيادة من العين لا يسقط شيئا من الثمن ويكون ذلك محسوبا على الراهن ولانه لو لم يستحق
شيء من العين فان لصاحب الارض ان يعطي الخراج من مال آخر فلم يصر شيء من الدين مستحقا الا اذا أخذه السلطان بغير حق
فانه يسقط من الدين بقدره لانه غصبه فصار كما لو هلك بعض الرهن في يده ولو كان الراهن مسلطا والرهن في يد العدل فاستحق
العبد ودفع العدل البدل وأبقاه في يده فيبيعه ويستوفي ثمنه وهو أحق به من المرتهن لان حقهما تعلق بالعبد في وقت واحد لان
حق المرتهن فيما تحول من العبد الى ثمنه بالبيع وانما يتعلق بالعبد ثانيا بعد الرد وحق العدل تعلق بالعبد في هذا الوقت فقد استويا
الحقين في وقت تعلق الحق ترجح دين العدل لتعلقه بالعبد لانه وجب بسبب هذا العبد ودين المرتهن لم يجب بسبب هذا العبد فصار
العدل أولى كدين العبد مع دين المولى فيكون دين العبد أحق وصار كما لو دفع العدل الثمن الى المرتهن ثم رد عليه بالعيب فيسترد
الثمن منه فكذا اذا باع العدل بيعا فاسدا لا يضمن كالوكيل المفرد ومعنى الاجبار ان يحبسه القاضي أياما ليبيع فان لج بعد الحبس
أياما فالقاضي يبيعه عليه وهذا على أصلهما ظاهر وأما على أصل أبي حنيفة فكذلك عند البعض لانه تعين جهة لقضاء الدين
ولان بيع الرهن صار مستحقا للمرتهن بخلاف سائر المواضع وقيل لا يبيع القاضي عنده كما لا يبيع المديون عنده لقضاء الدين ثم اذا أجبر
على البيع وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الاجبار لان الاجبار وقع على قضاء الدين بأي طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وانما
البيع طريق من طرقه ولانه اجبار بحق ومثله لا يكون مكرها فلا يفسد اجباره به ولو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما
شرطاه بعده قيل لا يجبر لان التوكيل لم يصر وصفا من أوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات وقيل يجبر كي تؤدي حقه
وهذا أصح حتى روي عن أبي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد في انه يجبر على القول قضاء وذكر محمد في الجامع الصغير والاصل
الاجبار مطلقا من غير تفصيل من ان تكون الوكالة مشروطة فيه ٧ يدل على ذلك ولو باع العدل خرج من ان يكون رهنا والثمن
قائم مقامه فيكون رهنا مكانه وان لم يقبضه بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا بجهة الرهن فاذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن
في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان
بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن فيه وكذلك لو قتله عبد ودفع به لكونه قائما مقام الاول لحما ودما

فيكون شائعا كأنه ولي رجعه به وإن شاء ضمن العدل وفي مرتهنه يستوفيه في الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته أو المرتهن
عنه} وكشفه أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون قائما أو هالكا ففي الوجه الثاني المستحق بالخيار إن شاء ضمن
الراهن لأنه غاصب في حقه بالأخذ والتسليم وإن شاء ضمن العدل لأنه متعد في حقه بالبيع والتسليم فصار غاصبا بذلك فإن ضمن الراهن
نفذ البيع وصح الاقتضاء لأن الراهن قد ملكه بأداء الضمان مستندا إلى وقت الغصب فتبين أنه أمر ببيع ملك نفسه وإن ضمن
المستحق العدل نفذ البيع أيضا لأن العدل ملكه بأداء الضمان ثم هو بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته
عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرم من جهته ونفذ البيع لأن الرهن لما كان بدار الضمان عليه وضمنه ملكه بأداء
الضمان فتبين أنه باع ملكه فصح اقتضاء المرتهن ولا يرجع على الراهن بدينه وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن لأنه
تبين أن الثمن أخذه بغير حق لأن العدل ملك العبد بأداء الضمان واستقر ملكه فيه ولم ينتقل إلى الراهن على تقدير أن لا يرجع على
الراهن بالضمان لأنه لما نقض صار الثمن له لأنه بدل ملكه وإنما أداه إلى المرتهن على حسبان أن المبيع ملك الراهن فإذا تبين أنه
ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه وفي الوجه الأول وهو ما إذا كان قائما في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه
وجد عين ملكه ثم إن للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب التسليم
وإنما دفعه للمشتري ليسلم له المبيع ولم يسلم فإذا ضمن العدل الثمن للمشتري كان بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو
الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه فإذا رجع عليه صح الرهن وسلم له المقبوض وبرئ الراهن من الدين وإن شاء العدل
رجع على المرتهن لأن البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب عليه رده وإن قبض المرتهن صار ورده فإذا
دفعه إلى العدل عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فيرجع به عليه ولو أن المشتري سلم الثمن بنفسه إلى المرتهن لم يرجع على العدل به
لأن العدل في البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فيستوي في ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على
حاله ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن أو لم
يقبض لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن ولا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره
الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على القابض بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنه تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه كذا
ذكره الكرخي رحمه الله تعالى وهذا قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وقال شمس الأئمة السرخسي هو ظاهر الرواية لأن رضا
المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم فصار التوكيل مستأنفا بعد تمام عقد الرهن فكان منفصلا عنه صورة وعلى أن فخر الإسلام
وشيخ الإسلام فالأول من يرى جبر هذا الوكيل أصح لإطلاق محمد في الجامع الصغير والأصل ما بيناه فيكون الوكالة غير المشروطة
في العقد كالمشروطة فيه في جميع ما ذكرنا من الأحكام هناك ولم يتعرض المؤلف رحمه الله تعالى لرهن المكاتب والمأذون والمضارب
وأحد الشريكين وفي المبسوط المكاتب كالحر في الرهن والارتهان ورهن العبد التاجر وارتهانه جائز ورهن المضارب على أقسام
إما أن يكون رب المال أمره بالاستدانة ولم يأمره بالرهن أو بالعكس أو أمره بهما فإن أمره بالاستدانة فالرهن جائز وتفسير الاستدانة
أن يشتري بالنسيئة على المضاربة ولم يبق من رأس المال شيء فإن صار مال المضاربة كله عروضا فأدان شيئا من رأس المال لا يكون
مستدينا على المضاربة ويجوز على جهة الشركة لا على وجه المضاربة ولا يستدين من قبل أن يقبض رأس المال فإذا رهن به شيئا من
مال المضاربة بأمر رب المال جاز وإن لم يأمره رب المال بالاستدانة لا يجوز وإن أمره بالاستدانة ولم يأمره بالرهن فالاستدانة جائزة
والرهن فاسد في نصيب المضارب لأنه رهن مال المضاربة عن مال نفسه وإذا فسد في نصيبه فسد في الكل وإن أمره بالرهن ولم يأمره
بالاستدانة فالاستدانة تلزم المضارب خاصة والرهن يكون جائزا ورهن أحد شريكي المفاوضة بدين جنايته جائز وهو ضامن ولكن
لشريكه أن ينقض وأحد شريكي العنان إذا رهن متاعا من الشركة فهو على قسمين إما أن رهن أو ارتهن وكل قسم لا يخلو من ثلاثة
أوجه إما أن رهن بدين عليهما فإن اشتركا على أن يعمل كل واحد منهما برأيه فيه فرهن أحدهما وارتهانه جائز على صاحبه في الأمور
كلها وإن اشتركا على أن يعملا معا أو بعامل أو متفرقا إن ولي الإدانة بنفسه يجوز رهنه على صاحبه لأن له أن يقضي هذا الدين من
مال الشركة لأنه هو المطالب بهذا الدين وإذا أدان صاحبه أو أدانا جميعا فلا يجوز على صاحبه لأنه رهن نصيب صاحبه بدين صاحبه بغير
إذنه وإذا لم يجز في نصيب صاحبه لا يجوز في نصيبه لأن نصيبه مشاع ويضمن نصيب صاحبه إن هلك وهذا كله إذا كان الشريك

هما وإذا رهن أحدهما بدين لهما ولم تشرطا في الشركة أن يعمل كل واحد منهما برأيه ان ولي هو الاستدانة منه يكون رهنا به لانه
ثم استيفاء هذا الدين لانه وجب بعقده فيملك الارتهان به لانه استيفاء حكما وان ولي الاداء صاحبه أو وليا الاداء لانه بما
يجوز في نصيب صاحبه لانه لا يملك استيفاء نصيب صاحبه فلا يملك الارتهان لنفسه وان لم يجز في نصيب صاحبه لا يجوز في نصيبه
لانه مشاع وان هلك المرتهن ذهب حصته من الدين ويرجع شريكه بحصته على المطلوب وان شاء رجع بها على صاحبه لان
من الفاسد في حق افادة الاحكام ملحق بالصحيح فصار المرتهن مستوفيا الدين صار مستوفيا في نصيب صاحبه بغير ارادته فالمارك
اركا واستوفى حصته والدين واجب باداء صاحبه وصاحبه أخذ نصف الدين منه وان شاء أخذ من المطلوب فكذا هذا فاذا أخذ
المطلوب رجع المطلوب على المرتهن بنصف قيمة الرهن ضمن عندي وقيل يجب أن لا يرجع لان المرتهن أخذ في نصيب صاحبه
بعد الابراء المطلوب من حصة صاحبه فصار كما لو دفع الغريم رهنا الى أجنبي آخر بأمر صاحب الدين ولم يجز وقد هلك في يده لم يضمن
كذا هذا والجواب عنه أن المرتهن صار مستوفيا في نصيبه وصح استيفاؤه واستوفى نصيب صاحبه بغير اذنه فصار مضمونا عليه
لو جعلناه أمانة في يده كان لصاحبه أن يشاركه فيما استوفاه لنفسه واذا شاركه فيه وأخذ منه كان للقابض أن يرجع فيما كان أمانة
ابتداء فاذا أخذ ذلك كان لشريكه أن يأخذ منه نصف ذلك بنصف ما بقي ثم وثم الى أن لا يبقى شيء في يده أمانة فجعلنا نصيب
شريكه أمانة في يده ابتداء احتيالا الى أن يجعله مضمونا عليه انتهاء فجعلناه مضمونا في الابتداء فقصرنا المسافة ولا كذلك الاجنبي
ولو ارتهنا بدين لهما فقال شريكهما لم تأخذه رهنا وقال الآخر أخذت وهلك فان كان هو المتولي للبيع فالقول له وان كان وليه الآخر
لم يصدق الا ان اذن كل واحد لصاحبه أن يعمل برأيه في الرهن لان الارتهان بمنزلة الاستيفاء في نصيب صاحبه فلا يملك الارتهان به
الا باذن صاحبه كفل عن الرجل بدين وارتهن من المكفول عنه وقبض جاز لانه يثبت على المكفول عنه للكفيل دين والرهن يجوز
بدين مؤجل افترق الشريكان ثم هلك الرهن في يد أحدهما وقال أخذته بديني وبعد قبل الافتراق وقال الآخر أخذته بعد الافتراق
فان كان هو وادان وأخذه في الشركة أو بعدها جاز عليهما لانه حكى أمرا يملك استيفاءه للحال فانه لو ارتهن للحال جاز فيصدق فيما
حكى وان كان الآخر ادانه وادانا جميعا فعلى الذمة انه أخذه من الشركة لانه حكى أمرا لا يملك استيفاءه للحال فانه لو ارتهن به للحال
لم يجز فلا يصدق فيما حكى الا ببينة كالوكيل بالبيع بعد العزل اذا قال كنت بعت وكذبه الموكل فضولي أخذ بدين الآخر رهنا
كان مضمونا على الآخذ لانه دفع اليه المطلوب ليكون على الرهن لانه لم يعمر ان صاحب الدين وكله بذلك اذا ادعى أخذ الرهن
له لا لنفسه ولا يكون مضمونا عليه حتى لو قال الاجنبي الفضولي وكلني باخذ الرهن وكذبه الراهن فيما ادعى يضمن قيمته للراهن
لما كذبه لم يثبت الوكالة في زعمه فصار القابض متناولا ودفعه لان ما دفعه اليه للامانة كالوكيل بقبض الوديعة اذا كذبه المودع
ان يرجع عليه فكذا هذا ولو صدقه الراهن في الوكالة لم يرجع على الوكيل بشيء لان الوكالة ثبتت في زعم الموكل وقبض الوكيل
قبضه فيكون الهالك اذا هلك هو الموكل فقد أبرأه بذلك عن الضمان فلا يرجع عليه (وان مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن
الراهن قيمته مات بالدين وان ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه) والاصل فيه ان العبد المرهون اذا هلك في يد
المرتهن ثم استحقه رجل كان المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه
الراهن بالاخذ والتسليم والمرتهن بالقبض والتسلم فان ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن لان الراهن ملكه
بالضمان مستندا الى ما قبل التسليم فتبين انه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفيا لدينه بالهلاك وان ضمن المرتهن رجع بما ضمن
القيمة وبدينه على الراهن أما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان فان قيل
كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه
كما لو ضمن المستحق ابتداء فلماذا [illegible] أي حكم القاضي والجواب عنه ان المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور والغرور
بالتسليم للمرتهن ويملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يتبين انه رهن ملك نفسه فلم يكن ملكا له ولا
كان المرتهن مستوفيا بهلاك العين ولان الراهن يملك العين بالتلقي من المرتهن لان المرتهن يملك أولا باداء الضمان ثم ينتقل الى الراهن
كالوكيل بالشراء كان المشتري اشتراه من المستحق وانما كان كذلك لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن يملك
المضمون ضرورة لكيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ثم الراهن يتلقاه فيكون ملكه بعده وعقد الرهن سابق عليه فتبين انه رهن

ملك غيره ولا يكون المرتهن مستوفيا بالهلاك بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء لانه يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفيا والله أعلم

﴿باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره﴾

لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره متأخرا طبعا عن كونه رهنا أخره وضعا ليوافق الوضع الطبع قال رحمه الله ﴿ويتوقف بيع الرهن على اجازة مرتهنه أو قضاء دينه﴾ اختلفت عبارة محمد رحمه الله تعالى في هذه المسئلة قال في موضع بيع المرهون فاسد وفي موضع جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على اذا لم يجز المرتهن فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه وطلب المشتري تسليمه وقوله جائز يعني نافذ محمول على ما اذا أجاز وسلمه وفي الجامع باع الراهن الرهن فالبيع باطل قيل معناه سيبطل وعن أبي يوسف ينفذ سواء علم المرتهن بالبيع أولا وانما يتوقف لانه تعلق به حق المرتهن وفي نفاذه ابطال حقه ولا ينفذ الا باجازته أو بقضاء الراهن الدين لزوال المانع وهو تعلق حق المرتهن أراد بالبيع ما هو مثله مما تعلق بنفاذه ابطال حق المرتهن في الحبس بخلاف ما لو زوجها الراهن فانه ينفذ ولا يتوقف على اجازة المرتهن لان للمرتهن أن يحبسها عن الزوج كما أن للمولى ذلك وقولهم في التعليل انه تعلق به الى آخره لا أقول في تمام هذا التعليل من القدرة نظر فانه ينتقض بما اذا أعتق الراهن عبد الرهن حيث ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضا فالوجه في التعليل ههنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته ألا ترى ان المصنف انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل مسئلة الاعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم وتقدر قوله وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم لان يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر الى الملك يفتقر الى القدرة على التسليم فاذا انعقد البيع باجازة المرتهن انتقل حقه الى الثمن فيكون محبوسا بالدين وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى ان المرتهن ان شرط أن يكون الثمن رهنا عنده بالاجازة كان رهنا والا فلا لانه بالاجازة بعد البيع وملك الراهن الثمن وان ماله أخذه فما كان له أن يجعله حديد فلا يصير رهنا الا بالشرط كما اذا أجره الراهن فأجاز المرتهن الاجارة لا تصير الاجرة رهنا الا بالشرط وجه ظاهر الرواية وهو الصحيح أن الثمن قائم مقام ما تعلق به حقه وهو بدل ما تعلق به حقه ومحل لحقه لان حقه تعلق بماليته وللبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه اليه كالعبد المديون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل من غير شرط لما ذكرنا ولا يسقط حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك ظاهرا والرضا بالبيع لا يدل على الرضا بسقوط الحق رأسا فيبقى الحق على غيره بخلاف ما ذكر لان الاجرة ليست ببدل حقه و بخلاف ما اذا باع العين المستأجرة فأجاز المستأجر البيع حيث لا ينتقل حقه الى الثمن لانه ليس ببدل العين وحقه في المنفعة فافترقا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ابن سماعة عن محمد حتى اذا افتكه الراهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله أن يجيز وله أن يفسخ وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه وفي المختصر اشارة اليه حيث قال توقف على اجازة المرتهن أو قضاء دينه جعل الاجازة اليه دون الفسخ وجعله متوقفا على قضاء الدين وهذا دليل على ان فسخه لا ينفذ ووجه الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لان حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقي موقوفا على المشتري ثم ان المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم لان ولاية الفسخ له لا الى المشتري والبائع وهو الراهن وصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض فان المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع وان شاء رفع الامر الى القاضي والاجارة مثل الرهن حتى لا ينفذ بيع المؤجر ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه من آخر قبل أن يجيز المرتهن فالثاني موقوف أيضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فأيهما أجاز لزم ذلك وبطل الآخر ولو باعه الراهن ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره فأجاز المرتهن الاجارة أو الرهن أو الهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود والفرق أن المرتهن له منفعة في البيع لان حقه يتحول الى الثمن على ما بينا وقد يكون أحد العقدين أنفع من الآخر فيعتبر تعيينه لتعلق الفائدة به أما هذه العقود فلا منفعة له فيها لان حقه لا ينتقل الى الآخر لما بينا ولا بدل في الرهن والهبة فكان اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع كما لو باع المؤجر العين المستأجرة من اثنين فأجاز المستأجر البيع الثاني نفذ الاول لانه لا نفع له في البيع اذ لا ينتقل حقه الى البدل على ما بينا فكان اجازته اسقاطا لحقه فنفذ الاول لزوال المانع هذا

اذا تعلق بالعين المرتهنة حق للغير بحق باشره الراهن وأما لو تعلق باقراره قال في المحيط هذا على قسمين أحدهما في اقرار الراهن بالمرهون للغير والثاني في اقرار المرتهن انه لغير الراهن أما القسم الاول رهن عبدا ثم قال هو لفلان لم يصدق لان اقراره يتضمن ابطال حق المرتهن وانه يحتمل النقض والابطال فلم يصح في حق المرتهن كالبيع والاجارة ثم المقر له ان شاء أدى المال وقبض الرهن لان عدم صحة الاقرار لحق المرتهن فاذا زال صح الاقرار كما في البيع فكما أن للمشتري أن يقضي الدين ويأخذ المبيع فكذا هذا ويرجع بما قضى على الراهن لانه قضى دينه وهو مضطر فيه لاحياء حقه فانه لا يصل الى ملكه الا بقضاء الدين وكان كالمعير للرهن يرجع به على المستعير وكذا هذا وان شاء ضمن الراهن قيمة العبد لان الراهن زعم انه ملكه رهنه بماله وسلمه بغير أمره وقد عجز عن رده اليه للحال لحق المرتهن فيضمن قيمته وللمقر أن يستحلف المرتهن على علمه لانه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه فان أنكر استحلف عليه وان لم يؤد المال وأعتق العبد جاز عتقه لان الراهن والمرتهن تصادقا على عتق العبد لان الراهن زعم انه ملك المقر له واعتاق المالك نافذ والمرتهن زعم انه كان ملك الراهن لا المقر له الا انه لما أقر له فقد سلطه على اعتاقه باقراره كما لو وكله بالاعتاق ثم المسألة على أربعة أوجه اما أن يكون المقر له والراهن موسرين أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا والدين في ذلك كله حال أو مؤجل فان كانا موسرين والدين حال فالمرتهن فيه بالخيار ان شاء أخذ الدين من الراهن وان شاء ضمن المعتق القيمة وتكون رهنا وكان يجب أن لا يكون للمرتهن تضمين المعتق على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لان من زعم المرتهن انه ليس بمالك وانما جاز عتقه بتسليط الراهن لانه لما أقر له بالملك فقد سلطه على الاعتاق وصار كما لو سلطه على الاعتاق بالوكالة فان الراهن لو وكل وكيلا باعتاق المشتري قبل القبض ونقد الثمن فأعتقه الوكيل لا يضمن الوكيل عندهما فتعين ان يكون هذا على ذلك الخلاف اذ لا فرق بينهما ثم المعتق يرجع بما ضمن على الراهن للحال لانه لو كان العبد قائما كان له تضمين الراهن لما أحدث في ماله من الارتهان وتسليم ماله بغير أمره فصار غاصبا في حقه وصار ما أخذه المرتهن من المعتق ملكا للراهن لما ضمن ذلك للمعتق بخلاف المعير اذا أعتق العبد وهو معسر والدين مؤجل فضمنه المرتهن لا يرجع به على المستعير حتى يحل الدين لانه انما يرجع باعتبار انه قضى دينه وهو مضطر فيه وقد قضى دينه المؤجل فلا يرجع بالمعجل فاذا كانا معسرين والدين حال يسعى العبد للمرتهن ويرجع على الراهن دون المعتق لان في زعم العبد انه لا رجوع له على المعتق لان في زعمه ان المعتق لم يصر متلفا حق المرتهن بالاعتاق لان الرهن لم يصح لان الراهن رهن بغير أمره وكذلك اذا كان الدين مؤجلا وان كان المعتق موسرا والراهن معسرا والدين حال أو مؤجل فللمرتهن ان يستسعي العبد لان العتق حصل بتسليط الراهن فكان الراهن أعتقه بنفسه وهو معسر وان شاء ضمن المعتق لانه بمنزلة الوكيل عنه بالاعتاق ويرجع المعتق على الراهن لانه قضى دينه وهو مضطر فيه والعبد يرجع على الراهن دون المعتق وان كان المعتق معسرا والراهن موسرا والدين حال فالراهن يأخذ بقضاء دينه فاذا قضى الدين خرج المرتهن من الوسط وهذا رجل أعتق عبدا كان له فارغا عن حق الغير فلا شيء على العبد وان كان الدين مؤجلا فالمرتهن بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه هو المسلط على العتق فكأنه وكل المقر له باعتاقه وان شاء استسعى العبد والعبد يرجع على الراهن لانه أوفى الدين لا على المعتق لما بينا وأما القسم الثاني فهو على وجهين اما ان أقر المرتهن برقبة الرهن لرجل أو أقر بدين في رقبته وكل وجه لا يخلو من ثلاثة أوجه اما أن يفتكه الراهن أو يهلك الرهن أو يباع الرهن بالدين فان أقر برقبته لرجل وقال الرهن لفلان اغتصبه الراهن فان افتكه الراهن فلا سبيل للمقر على العبد ولا على ما أخذه المرتهن لان اقرار المرتهن لا يصح في حق الراهن لانه اقرار على الغير وما أخذه ليس بدلا عن الرهن بل هو دينه استوفاه وان كان هلك في يد المرتهن ضمن جميع قيمته للمقر له وبطل دينه لانه لما زعم ان الراهن اغتصبه من فلان ورهنه منه فقد زعم انه مودع الغاصب أو غاصب الغاصب وأيا ما كان فهو غاصب بخلاف ما لو افتكه لانه رده الى يد من أخذه منه فيبرأ عن الضمان ويبطل دينه لان اقراره في حق الراهن لم يصح فصح الرهن في حقه وأما اذا باع العبد اما الراهن أو العدل وأخذ المرتهن الثمن فان أجاز المقر له البيع أخذه من المرتهن وان لم يجز فلا لان من زعم المرتهن ان العبد للمقر له وقد بيع بغير اذنه فيكون موقوفا على اجازته فان أجاز يكون ثمن عبده وان لم يجز فليس ثمن عبده ولا سبيل له عليه وان أقر بدين عليه لرجل ان افتكه الراهن وأخذ منه العبد فلا ضمان على المرتهن لانه رد العبد الى من أخذه منه فان هلك في يده يرجع المقر له على المرتهن بدينه لا غير ولم يفصل في الكتاب بين ما اذا وجب دين المقر له قبل الرهن أو بعده وقيل هذا اذا وجب دينه قبل الرهن وان

وجب بعده فلا شيء للمقر له على المرتهن لأن بالهلاك استوفى دينه من مالية العبد فإذا كان الدين واجبا قبل رهنه تبين أنه استوفى دينه
ومالية العبد دين على العبد وجب استيفاؤه ودين الغريم مقدم على دين المولى فأما إذا وجب الدين بعد رهنه فقد صار مستوفيا
دينه من مالية ليس في مالية العبد دين وجب استيفاؤه فصح الاستيفاء وأما إذا بيع العبد في الدين فللمقر له أن يأخذ الثمن من
المرتهن أجاز البيع أو لم يجز لأن البيع فيهما جائز لأنه ملك للمقر له في العبد إذا أجاز البيع يقوم الثمن مقامه وفي زعم المرتهن أن المقر له
أحق من أخذ منه لأن دينه دين العبد ودين المولى ودين العبد مقدم على دين المولى فيدفعه إليه قال رحمه الله ﴿ويعتقه﴾
أي ينفذ عتق الراهن وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وفي قول آخر لا ينفذ موسرا كان أو معسرا لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن
ولنا أن العتق صدر من أهله مضافا إلى محله وهو ملكه فوجب القول بنفاذه ولا ينعقد تصرفه لعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق المبيع
قبل القبض أو الآبق أو المغصوب وإذا زال ملك الراهن عن رقبته بإعتاقه يزول ملك المرتهن لأنه بناء عليه كإعتاق العبد المشترك
ولأن ملك الرقبة فوق ملك اليد فلم يمنع الأعلى فالأدنى أولى أن لا يمنعه ولا يلزمنا إعتاق الوارث العبد الموصى برقبته
إذا لم يكن له مال آخر حيث إنه لا ينفذ مع أنه في ملكه لأنا نقول نعم عند الثاني ينفذ في الحال وعند الإمام يتأخر إلى أداء السعاية
على ما عرف في إعتاق العبد المشترك ولم يكن إعتاقه لغوا ولا يقال المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل
أن المولى إذا أتلفه يجب عليه ضمانه فكذا لا ينفذ عتقه لأنه خرج عن ملكه لأنا نقول وجوب الضمان عليه باعتبار أنه إذا أتلف المالية
المشغولة بحق المرتهن كالمولى يتلف عبده المأذون له فإنه يضمن قيمته للغرماء مع بقاء ملكه فيه من كل وجه ولهذا ينفذ تصرفه فيه
ولو قال المؤلف ينفذ تدبيره لكان أولى لأنه إذا علم نفاذ التدبير من الراهن والتدبير أدنى حالا من الاستيلاد علم نفاذ الاستيلاد والإعتاق
من باب أولى قال في المبسوط إعتاق الراهن وتدبيره واستيلاده ينفذ ويضمن القيمة وتكون رهنا مكانه إن كان موسرا ثم إن كان
المال حالا اقتضاه من قيمته وإن كان الراهن معسرا فللمرتهن استسعاء المدبر وأم الولد في جميع الدين والمعتق في قيمته ثم رجع المعتق
بما أدى على المولى قال رحمه الله ﴿وطولب بدينه لو حالا﴾ أي إذا كان الدين حالا طالب المرتهن الراهن بعد العتق بالدين إذا
كان موسرا لأنه إذا طولب بالرهن كان له أن يأخذه بدينه إذا كان من جنس حقه فيكون إيفاء واستيفاء ولا فائدة فيه قال رحمه الله
﴿ولو مؤجلا أخذ قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه﴾ يعني لو كان الدين مؤجلا تؤخذ من المعتق قيمة العبد ويجعل رهنا مكانه
إذا كان موسرا لأن سبب الضمان تحقق وفي التضمين فائدة وهي حصول الاستيثاق من الوجه الذي بيناه ويحبسها إلى حلول
الأجل وإذا حل اقتضاه بحقه إذا كان من جنسه لأن للغريم أن يستوفي حقه من مال غريمه إذا ظفر بجنس حقه وإن كان فيه فضل
رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وإن كان أقل من حقه رجع بالزيادة لعدم ما يسقطه قال رحمه الله ﴿ولو معسرا سعى العبد في
الأقل من قيمته ومن الدين﴾ لأن حق المرتهن كان متعلقا به فإذا تعذر الرجوع إلى المعتق لعسرته رجع عليه لأنه هو المنتفع
بهذا العتق كما في حق أحد الشريكين في العبد المشترك ولأن الضمان بالخراج والغرم بالغنم وظاهر عبارة المؤلف أنه يسعى
في الأقل من الشيئين المذكورين والمنقول في غيره أنه يسعى في الأقل من ثلاثة أشياء قال في الجامع أصله أن الراهن إذا
أعتق المرهون وهو معسر ينظر إلى ثلاثة أشياء إلى قيمته يوم العتق وإلى ما كان مضمونا بالدين وإلى ما كان محبوسا به فإنه
يسعى في الأقل من هذه الأشياء أما القيمة فلأنه احتبس بالعتق من حق المرتهن هذا القدر فلا يلزمه السعاية إلا في هذا القدر
كالعبد المشترك إذا أعتقه أحدهما وهو معسر وأما المضمون بالدين إذا كان أقل فلأن العبد مضمون بقدر الدين بأخس ما
يحدث بالزيادة المتصلة بعد القبض لم يصر مضمونا وهذا لأن السعاية في حق الزيادة فإن كانت محبوسة بالدين فلا يمكن إيجاب
السعاية على العبد في حق الزيادة وإن كان المحبوس أقل من المضمون ومن قيمته يسعى بقدره بأن رهن عبدا بألف قيمته
ألف فأدى الراهن تسعمائة من الرهن ثم أعتقه وهو معسر يسعى العبد في مائة وإن كان مضمونا بالألف حتى لو هلك هلك بالألف لأنه
محبوس بمائة فكان له أن يمسك بقدر مائة فكان العبد مضمونا بإعتاقه من حيث الاستيثاق بالإعتاق رهن عبدا يساوي ألفا بألف
فصار يساوي خمسمائة بتراجع السعر ثم أعتقه الراهن وهو معسر يسعى العبد في خمسمائة لأنه لا يسعى ولو كان المعتق موسرا ضمن الألف كلها
لأن السعاية هنا في الأقل من الأشياء الثلاثة لأن السعاية خمسمائة والعبد مضمون بالدين كله لأنه لو هلك هلك بالألف فإذا انتقص سعره
وهو كذلك ومن رهن فإن الراهن بالألف فإذا لم يمسك الرهن ثم يسعى بالسعاية في الدين إن كان من جنس حقه وكان الدين حالا فإن

لم يكن من جنس حقه صرفه من جنس حقه كما تقدم وإن كان الدين مؤجلا سلمت السعاية رهنا فإذا حل الأجل قضى به الدين على نحو ما ذكرنا في الأصل إن كان مكان الإعتاق تدبير فالجواب فيه كالجواب في الإعتاق إلا في فصلين أحدهما أن في فصل الإعتاق إن كان الراهن موسرا فالعبد يسعى في الأقل من ثلاثة أشياء وفي التدبير يسعى في جميع الدين بالغا ما بلغ الثاني أن في التدبير لا يرجع المدبر بما سعى وأدى على المولى وفي الينابيع ولو دبرها إن كان الدين حالا سعى في الدين بالغا ما بلغ وإن كان مؤجلا سعى في قيمته وتكون رهنا مكانه وفي المحيط رهن جارية تساوي ألفا بألف إلى سنة فصارت إلى ألفين بزيادة السعر وولدت ولدا يساوي ألفا يفتكها بالألفين لأنها لو لم تلد لا يفتكها إلا بألفين فإن ولدت أولى وإذا هلكت هلكت بالألف لأن قيمتها يوم العقد ألف والزيادة المنفصلة لم يرد عليها عقد ولا قبض مقصود فكان وجودها وعدمها بمنزلة وإن أعتقها المولى وهو معسر سعت في الألف وكذلك لو أعتقهما سعيا في الألف ورجعا بذلك على المولى ويرجع المرتهن ببقية دينه لأن الراهن لما أعتقهما صار بإعتاق الولد قابضا للولد حكما كالمشتري إذا أعتق المبيع قبل القبض ويقسم الدين عليهما فما فيهما يسعيان في الألف لأنها أقل من قيمتهما يوم العتق ورجعا بذلك على المولى لأنهما أدياه من خالص ملكهما بما لا يوجبانه وهما مجبران ومن أدى دين الغير من خالص ملكه وهو مجبر عليه فله الرجوع على من عليه الدين إذا لم يسلم له العوض ولم يسلم للعبد ما كان للمرتهن من حق الحبس في العبد لأنه لا يحتمل النقل وإذا رهن أمة قيمتها ألف بألف فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه الراهن وهو موسر ضمن المال لإتلاف حق المرتهن بالدعوى وإن كان معسرا سعت الأمة في نصف المال والولد في نصفه لأن في حالة الإعسار لا يجب إلا السعاية وكل واحد منهما صار أصلا الأم بالاستيلاد والولد بالإعتاق لأنه بالإعتاق صار مشتريا للولد فيصير الولد أصلا في الرهن كالأم لأن الولد لما حدث سرى إليه ما كان في الأم من حق الحبس فصار مرهونا كالأم فإن لم يؤد الولد حتى ماتت الأم قبل أن يفرغ من السعاية يسعى في الأقل من قيمته ونصف الدين ولا يزاد عليه شيء بموت الأم لأن الولد حدث قبل وجود السعاية على الأم ولا يكون تبعا لها في السعاية ولو زوج الراهن الأمة المرهونة جاز ولا يقربها الزوج إلا إذا زوجها قبل الرهن لأن النكاح لا يتضمن إبطال حق المرتهن لأن المرتهن لم يستحق منافعها ولا ضرر على المرتهن في نفاذ النكاح فنفذ وغشيان الزوج يتضمن إبطال حقه في الحبس لأنه يستحق حبسها فصار كالمالك في حق الحبس فيمنعه عن الوطء وغشيانها بخلاف ما قبل الرهن لأن الزوج ملك غشيانها قبل الرهن لأنه استحق منافع بضعها مطلقا فلا يتمكن المرتهن من إبطال حقه في البضع فإن وطئها فولدت وماتت ضمن الراهن قيمتها لأنه سلط الزوج على إتلاف حق المرتهن لأن بالنكاح سلطه على الوطء فجعل وطء الزوج كوطء الراهن لأنه حصل بتسليطه ولو وطئها الراهن صار مستردا للرهن وهذا لو زوج الأمة المبيعة قبل القبض صار المشتري قابضا لها فصار كأن الفعل حصل في يد الراهن فيضمن ولو زوجها ثم رهن فوطئها الزوج ثم ماتت كانت من مال المرتهن استحسانا لا قياسا لأن الوطء حصل بتسليط الراهن فيصير وطؤه كوطء المولى ولهذا يرجع على الراهن إذا زوجها بعد الرهن وجه الاستحسان أن الراهن لم يسلطه على إتلاف حق المرتهن لأنه حين زوجها لم يكن حق المرتهن ثابتا فيها فلم يسلطه على إتلاف حق نفسه فلا يجعل وطؤه كوطء الراهن ولأن الراهن سلطه على الوطء قبل الرهن والوطء قبل الرهن لا يصير متلفا حقه لأنه لا يصير مستردا للرهن وإذا رهن أمة بألف وقيمتها خمسمائة فكاتبها المولى وهي مرهونة فسخها لأن الكتابة تتضمن إبطال حق المرتهن لأن المكاتب لم يصلح رهنا لأنه لو أدى بدل الكتابة عتق وبطل الرهن وكذلك لو نفذت الكتابة يبطل الرهن لأنه لا يحكمه البيع والكتابة مما يحتمل الفسخ فتفسخ ولو لم يكاتبها ولكن دبرها فسعت في قيمتها ثم ماتت عن بنت تساوي خمسمائة فعلى ولدها أن يسعى في خمسمائة لأنه يسري ما فيها من الدين إلى التي ولدتها لأنها ولدت فيصير مدبرا تبعا للأصل فإن سعت البنت في مائة ثم ولدت بنتا ثم ماتت البنت الأولى وقيمة الأولى والسفلى سواء تسعى السفلى في الباقي كله لأنه يسري ما فيها إلى ولدها كما يسري من الجدة إلى الوسطى رهن أمتين قيمة كل واحدة ألف بألف فدبرهما المولى ثم ماتت إحداهما سعت الباقية في نصف الدين ويضمن المولى نصفه لأنها لما ماتت بعدما خرجت من الرهن بالتدبير ولا يتحول شيء من دين الميتة إلى الباقية لأن الباقية لم تكن متولدة من الميتة والميتة في السعاية كانت محتملة عن المولى فإذا ماتت قبل استيفاء السعاية فقد تعذر استيفاء حقه من جهة المحتمل وهو الكفيل فيطالب من الأصيل فإن ولدت هذه الباقية ثم ماتت يسعى الولد فيما على أمه وسواء كانت قيمة الأم أقل أو أكثر لأنها ولدت بعد ما صارت مدبرة فيسري ما فيها إلى ولدها ولو كانت قبل التدبير ثم دبرهما جميعا سعت في مائتين وخمسين إن كانت قيمتها مثل قيمة الأم لأن الولد قبل التدبير صار رهنا فانقسم ما في الأم من الدين

علمهما انقسم على قدر الدين في حق الولد ولو ولدت ولدا آخر قبل الفكاك انقسم ما في الولد على الولدين فما أصاب كل واحد منهما كان فيه على ما ذكرنا ولا ينقسم على الام والولد حتى يفتك الولد فيقسم على هذا الحساب وان لم يرد عليه فمن بطل لانقسام وظهر ان
الدين كله كان بازاء الام وهما وردع على الولد فمن على الولد والراهن فمن على الراهن لما ذكرنا لان الدين من المسرى ولو الفسخ بصرف ما صار رهن أمة
بالف وقيمتها الف فولدت ولدا يساوي ألفا ثم ماتت الام ثم دبر المولى الولد ثم دبرت عليها السعاية في جميع قيمته لانه وردع على الموت فمن الراهن فانه
بالمد بر صار قاضيا لو فطهر ان الدين كان منقسما عليهما نصفين فان ولدت الولد مات وماتت الاولى سعت السفلى في جميعه
وان كانت قيمتها مائة لان السفلى ولد المستسعاة فسرى ما في أمها اليها ولدت الامة المرهونة تمام قيمتها المدبرة أوقيمة كل واحدة
ألف ثم دبر من جميع ما بين الام والبنت الاولى فعلى السفلى في نصف الدين وعن عيسى بن أبان قال سعت أن تسعى في كل
الدين لانه قد كان قاصدا للوسطى بالتدبير لان التدبير فيه وصار بازاء كل واحدة منهن نصف الدين كما لو رهنهن جميعا ثم دبرهن وهو
معسر وقد مات بيان قبل السعاية سعت الباقية في باقي الدين فكذا هذا والجواب عنه ان المدبر لم يقبض جميعه ولكن اعتبر
قبضا حكما بالاتلاف كالاعتاق والامة سبب وما حكاه في لم تكن في اعتباره قبضا صار علي المرهون وهما في اعتباره قبضا صار
بالمرهون لانه تؤدي الى ابطال حقه بالسعاية لانه متى لم يعتبر قبضا كان للمرتهن أن يستسعي السفلى في نصف الدين ومتى اعتبر قبضا
يستسعيها في جزء واحد من أحد عشر جزءا من الدين ولا يعتبر قابضا ادفعا للضرر عنه فصار كان الوسطى ماتت قبل التدبير فصار بازاء
السفلى نصف الدين بخلاف المسئلة المتقدمة لا بالموت اعتبر بالتدبير قبضا يسمع به المرتهن ولا يتضرر به لان السفلى تسعى في جميع ما
وجب على الوسطى ومتى لم يعتبر قبضا تسعى في جزء من أحد عشر جزءا من الدين وكذلك لو دبر السفلى بعدما ماتت الام والجدة لانه
لا يحتسب بالوسطى اذا ماتت قبل التدبير فكانها لم تكن ولدت الجدة الا ولدا واحدا ثم دبر الولد ولدت أمة الرهن ولدا يساوي الفا
ثم دبرها فعلى كل واحد منهما سعاية في جميعه لما عرف وان مات الولد سعت الام في الالف كما طعن عيسى وقال بالتدبير تقرر
الضمان فيه ولا يعود الى الام والجواب ان التدبير متى اعتبر قبضا لا يتضرر به المرتهن بل ينتفع به لانه متى اعتبر قبضا هلك الام
بحصتها وتسعى في جميعه ومتى لم يعتبر قبضا تهلك الام بحصتها الدين فيعتبر قبضا فيكون مقبوضا بالتدبير فصار كانه رهنهما ثم
دبرهما رهن أمة تساوي الفا بالف الى أجل فولدت ولدا يساوي الفا فدبر المولى الولد وهو موسر ضمن قيمته وتكون رهنا مع الام
فان كان معسرا يسعى الولد في جميعه لان المولى جان في التدبير باتلاف حق المرتهن وحق المرتهن في الحبس كان باقيا في الكل فضمن
قيمته ثم اذا حل الاجل رجحان وسعى بقدر حق المرتهن في الولد وهو جميعه لانه لا يعتبر قيمته لظهر ما به سبر الجاني على الجاني فيمن مات قبل
السعاية كانت الام رهنا بالالف وان هلكت الام هلك بنصف الدين وعند عيسى يسعى في جميعه والصحيح جواب الكتاب لان
الولد صار مقبوضا في الرهن لانه بالتدبير صار مقبوضا لانه لا يصير في ضمن ورهنه مقبوضا مخصوصا بالرهن على المرتهن بل فيه قيمته
لا يسقط بهلاك أحدهما الا نصف الدين فصار كانه رهنهما أحدهما وهو معسر ثم مات أحدهما صارت الباقية رهنا بالالف ولو ماتت
الباقية بعد قيمته فكذا هذا وفي الزيادات اوى العتاقة ولد استولدها أو دبرها لا يحتبس بالدين وضمن ان كان موسرا ويسعى في
الدين ان كان معسرا ولا يسعى الولدان كانت الدعوى قبل الانفصال فان قال هو قضاء من دين حال وان كانت قبل الحلول سعى
في قيمته ولو رهنها عند اثنين فعتقها أحد الراهنين وهو موسر ضمن نصف قيمته لشريكه ونصفه للمرتهن ويؤدي الشريك ذلك الى
المرتهن وان كان معسرا سعى العبد في الدين ورجع بنصفه على المعتق وكذا المعسر الراهن اذا أعتقه ضمن قيمته ورجع على
الراهن أو على المعتق ثم يرجع هو على الراهن ولو انتقص سعره فاعتقه الراهن ضمن قيمته يوم أعتق ولو كان زادت قيمته ضمن
قيمته يوم الرهن وان كان معسرا فالسعاية كذلك وكذا لو ولدت الامة فاعتقها الراهن سعت في قيمة الام يوم الرهن وان كان
الدين أكثر في المدبر تسعى في الدين قال رحمه الله ﴿ورجع به على سيده﴾ يعني اذا سعى العبد وأدى رجع العبد بالسعاية
على سيده اذا أيسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه ولم يكن متبرعا فصار كمعير الرهن بخلاف العبد الذي يسعى اذا كان بين الشريكين
وأعتق أحدهما نصيبه والمعتق معسر وسعى في نصف الآخر وأدى حيث لا يرجع لانه يؤدي ضمانا لاجل اعتاقه لانه يسعى في تكميل
العتق عندهما وليحصل العتق عند الامام وهو انما سعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه ونحن انا لا للامام أوجب السعاية في العبد
المشترك في حالي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون في حالة الاعسار فقط لان الثابت للمرتهن حق الملك والثابت للشريك حقيقة
الملك وحق الملك أدنى من حقيقته فوجب السعاية فيه في حالة واحدة وهي حالة الضرورة وفي الاعلى في الحالين اظهارا للمتفاوت

سعاية بخلاف المبيع اذا أعتقه المشتري قبل القبض حيث لا يسعى للبائع في الرواية الظاهرة وفي المرهون يسعى لان حق البائع في الحبس
ضعيف لان العبد لا يملكه في الاجرة ولا استوفى من ثمنه وهذا يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ويبطل حقه
ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة ولو أقر المولى برهن عبده بان قال رهنت عبدي هذا من فلان فكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا
خلافا لزفر ثم ان كان الراهن موسرا ضمن قيمته على التفصيل المتقدم وان كان معسرا سعى كما تقدم ولو أعتق الراهن العبد الذي دبره
أو الامة التي استولدها لم يسعيا الا قدر القيمة سواء أعتقه بعد القضاء عليهما أو قبله لان كسبهما بعد العتق ملكهما وما أدياه قبل
العتق لا يرجعان به على المولى لانه مال المولى وما أدياه بعد العتق يرجعان به ولو أقر المولى على عبده بدين الاستهلاك وهو ينكره
سعى في قيمته بعد عتق لانه لا ولاية له على ماليته فيصح بقدر المالية ولو قتله عبد قيمته مائة ثم دفع به ثم أعتقه سعى في المائة لقيامه مقام
الاول قال رحمه الله ﴿واتلاف الرهن كاعتاقه﴾ يعني انه اذا أتلفه وهو موسر والدين حال أدى القيمة في الحال وان كان مؤجلا
أدى القيمة وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين قال رحمه الله ﴿وان أتلفه أجنبي فالمرتهن يضمنه قيمته وتكون رهنا عنده﴾
يعني أن المرتهن هو الخصم في تضمينه قيمته فتكون رهنا عنده لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه
والواجب في هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمان المرتهن وقد تقدم بيانه حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك
خمسمائة ويوم الارتهان ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر في ضمان المرتهن الرهن يوم قبضه ولو
استهلك المرتهن الرهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه أتلف مال الغير وكانت رهنا في يده حتى يحل الاجل ولو حل الدين والمضمون
من جنس حقه استوفى المرتهن دينه منه ورد الفضل على الراهن اذا كان هناك فضل وان كان دينه أكثر وقد كانت قيمته يوم الرهن
قدر الدين وقد رجعت قيمته الى خمسمائة وقد كانت يوم القبض ألفا ضمن بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة كذا
في الهداية قال الشارح وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا كيف يسقط من الدين خمسمائة
ومثل هذا الاستشكال له صاحب العناية وأجاب بان العين قد تغيرت بالاستهلاك فصارت لا تحتمل العود الى القيمة الاولى بتراجع
السعر ولو كانت باقية ترجع على ما كانت باقية عليه بخلاف ما اذا لم تتغير العين وهي باقية على حالها وقد تراجع السعر لان العين
التي قبضها بحالها فلا يرجع شيء من الدين بتراجع السعر كذا في العناية فافاد بان في الخلاصة من قوله وأما حكم النقصان فنظر ان كان
من حيث العين يوجب سقوط الدين بقدر النقصان وان كان من حيث السعر لا يوجب سقوط شيء من الدين عند أصحابنا الثلاثة
محمول على ما اذا كانت العين باقية وهذا من خصائص هذا الكتاب قال رحمه الله ﴿وتخرج من ضمانه باعارته من راهنه﴾ يعني
اذا أعار المرتهن الرهن من الراهن يخرج من ضمان المرتهن لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فيرتفع
الضمان قال رحمه الله ﴿ولو هلك في يد الراهن هلك مجانا﴾ لارتفاع القبض الموجب للضمان على ما بيناه وفي الفتاوى العتابية
لو قضى الراهن دين المرتهن ثم هلك الرهن في العارية في يد المرتهن رد ما قبض قال رحمه الله ﴿وبرجوعه عاد ضمانه﴾ يعني
برجوع الرهن الى يد المرتهن عاد الضمان حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان وللمرتهن أن يسترده الى يده لان
عقد الرهن باق الا في حق الضمان في تلك الحالة ولو مات الراهن قبل أن يسترده كان المرتهن أحق به من سائر غرمائه لان يد العارية
ليست لازمة والضمان ليس من لوازم الرهن لانه قد ينفك عنه ألا ترى ان ولد الرهن رهن وليس بمضمون قال رحمه الله ﴿ولو أعاره
أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط الضمان﴾ لما بينا قال رحمه الله ﴿ولكل أن يرده رهنا﴾ يعني لكل واحد من الراهن والمرتهن
حق في الرهن فله أن يرده رهنا مكانه لبقاء عقد الرهن على ما بينا بخلاف ما اذا آجره أحدهما أو باعه أو وهبه من المرتهن أو من
الاجنبي فليس له أن يرده ثانيا حيث لا يعود رهنا الا بعقد جديد ولو مات الراهن كان المرتهن أسوة الغرماء لان هذه التصرفات تبطل
الرهن بخلاف العارية والايداع لانهما غير لازمين ولو أذن الراهن المرتهن بالاستعمال أو الاعارة للعمل فهلك الرهن قبل ان يأخذ
في العمل هلك بالدين لبقاء عقد الرهن وكذا ان هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد الامانة ولو هلك في حالة العمل هلك أمانة
ولو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن انه هلك في حالة العمل وادعى الراهن انه هلك قبل الفراغ من العمل كان القول قول المرتهن
لانه ينكر والبينة بينة الراهن لانه مدع قال رحمه الله ﴿ولو استعار ثوبا ليرهنه صح﴾ لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع

فأما بعد هلاك العين بالمعير فإن يحصل ملك اليد عن ملك العين والمرتهن كما يحصل حق البيع والاذن في البيع من المالك
دين البيع فيكون رهنا بما رهنه فلهذا كان إذا كسر المستعير أن يأخذه وقال في المبسوط بناء على فصول أحدها في كيفية الإعارة
والثاني في الاختلاف في الهلاك والنقصان والثالث في ضمانه بهما

◦ فصل إذا أعاره بالرهن ولا يخلو إما أن لم يسم له شيئا أو سمى له مالا أو عين له شيئا أو مستحقا فإن أعاره بالرهن وعين له مكانا
أو مستحقا ولم يسم ما يرهنه به فله أن يرهن بأي قدر وبأي نوع شاء لأنه مطلق فقياده من هذا المال مطلقا لأن الرهن إيفاء
واستيفاء حكما ولو طلب منه قضاء دينه من ماله جاز فكذا هذا والإشارة فيه وجدت مطلقة فقد رضي المعير بأن يرهن بما شاء كما
لو استعار من رجل دابة ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يركب ويركب غيره ويحمل عليها فكذا هذا وإذا سمى مالا مقدرا فرهن بأقل
أو أكثر فإن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فرهنه بأقل مما سمى لا يضمن به المعير فإنه يكون أمانة عند المرتهن وهو لم يرض
بذلك لو طلب أن يجعل كله مضمونا ما دام رهنا وأكثر ولأنه قد يحتاج المعير إلى الفكاك ليصير إلى ملكه وربما يتيسر له
الفكاك في زيادة على المسمى لأنه قد لا يجد الزيادة على المسمى فيتضرر به وهو قد رضي بضمان قليل ولم يرض بضمان كثير
فصار كما لو كانت قيمة الثوب أقل من المسمى بأن أعاره بالرهن بعشرة وقيمته تسعة فإن رهنه بقدر قيمته تسعة لا يضمن
وبما زاد عليه يضمن أيضا في القول لا يحلان لأن مقصوده من تسمية الدراهم أن يرجع عليه بالدراهم في هلاك الثوب وفي رهن
بالطعام لا يمكنه أن يرجع عليه بالدراهم ولأنه ربما يحتاج إلى الفكاك وربما يتيسر له الفكاك بالدراهم ويتعسر عليه الفكاك
بالطعام فيلحقه زيادة ضرر وأما إذا أعاره ليرهنه من إنسان بعينه فرهنه من غيره يضمن لأنه ربما احتاج إلى أن يقضي دينه
لا يستخلص ملكه والناس يتفاوتون في الاقتضاء والإيفاء فكذلك في الحفظ والأمانة فلرضاه بحفظ زيد لا يكون رضا بحفظ
عمرو فالخلاف عليه زيادة ضرر ولو أمره برهنه بالكوفة فرهنها بالبصرة ضمن لأن البلدان والأمكنة متفاوتة في الحفظ والصيانة
ولأنه يخاف خطر الطريق في النقل ولأنه قد يتيسر له الفكاك في المكان المشروط ويتعسر عليه الفكاك في غيره وإذا اختلفا في
الهلاك أو النقصان قبل الاسترداد من المرتهن أو بعده فالقول للمستعير والبينة للمعير لأنه يدعي قضاء دينه من ماله والمستعير ينكر
فإن ادعى الراهن أن المستعير استرد الرهن قبل الافتكاك وصدقه المرتهن يصدق الراهن لأن الراهن والمرتهن تصادقا على
فسخ الرهن والرهن عقد جرى بينهما فيكون القول قولهما في فسخه كما في التبايع ولأن المعير يدعي أنه قضى دينه من
ماله وأنكر الراهن فيكون القول قوله ويرجع المعير على الراهن بقدر ما ذهب عنه بالدين لأنه قد صار قاضيا دينه من ماله
بهذا القدر بأمره فإذا هلك عند المستعير قبل الرهن أو بعد الفكاك لا يضمن لأن المستعير إنما يضمن العارية بأحد أمرين
إما الخلاف أو بأن يقضي دينه منه ولم يوجد أحدهما أما لا يضمن بالقبض والدفع إلى المرتهن لأنه حصل بإذن المالك بقضي الراهن
دينه ويثبت وكذا لا يضمن العبد هلك في يد الوكيل ضمن المستعير إلا أن يكون من عياله كالمودع وهذا يدل على أن المستعير ليس
له أن يودع من ليس في عياله وإن كان له أن يعير من ليس في عياله وفي الحالين دفع الأمانة إلى من ليس في عياله وذلك لأن الدفع إلى
الأجنبي في العارية إنما حصل بإذن المالك لأن المعير ملك المنفعة بالإعارة ومن ملك المنفعة بغير بدل لم يملك المنفعة بالوديعة ليحصل
له الإذن بتمليك المنفعة رهن المستعار بألف وقيمته ألف ولم يقبض المال وهلك في يد المرتهن فعلى الراهن ألف للمعير وعلى
المرتهن ألف للراهن لأن المقبوض على سوم الرهن مضمون على القابض كامله وحين تحققه الرهن ضمن المرتهن مثل المسمى
وهو ألف للراهن وما ضمن المرتهن بدل العبد فيكون لمالك العبد من حيث إنه بدل ملكه لا من حيث إنه قضى دينه من ماله
فإنه لم يكن عليه دين للمرتهن استعار من رجلين عبدا فرهنه ثم قضى نصف المال وقال هذا عن نصيب فلان يكون عنهما لأن كل جزء
من أجزاء الرهن محبوس بجميع الدين إذ لو جعلنا كل جزء محبوسا ببعض الدين يمكن الشيوع في الرهن وإنه يوجب بطلان الرهن
ولا يمكن أن يجعل النصف محبوسا ببعض الدين فلهذا وقع كان ما قضى عن جميع العبد رهن المستعار بألف وقيمته ألف فقضى
الدين وهلك في يد المرتهن فالمرتهن ضامن في الألف يردها على مولى العبد ولا ضمان للمعير على الراهن وفي رواية أبي حفص يردها
على الراهن ويردها الراهن على المعير وهو الصحيح لأن المعير صار قاضيا دينه بهلاك الرهن من وقت الارتهان لأنه صار مستوفيا
للدين في حق مالك العبد والحبس من وقت القبض فظهر أنه استوفى منه الألف والدين عليه دين ولم يكن له حق الاستيفاء فوجب

على المرتهن ردها على الراهن لانه استوفاها منه ثم يردها على مولى العبد لانه قضى دينه من ماله بامره وقبض دابة عارية ليرهنها فركبها
ثم رهنها ثم قضى المال ولم يقبض الرهن حتى هلكت عند المرتهن لا ضمان على الراهن لان المستعير للرهن مودع خالف بالركوب
وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وفي الجامع أصله ان القاضي نصب لابقاء الحقوق المحترمة الى أربابها لا لابطالها واهدار رهانات
المعير والمستعير لم يكن للورثة الاسترداد لان فيه ازالة يده وابطال حقه ولو كان على المعير دين ولا مال له سواه وفيه فضل عن دين
المستعير لم يبع حتى يجتمع الغرماء والورثة لان اباءهم يكون مفيدا لانه متى لم يبع الرهن ربما يقضي المستعير دين نفسه أو يبرئه
المرتهن عن دينه فيسلم الرهن لهم فيبيعون ويقضون حق غرماء المعير ويبقى الفضل لهم ولو بيع بغير رضاهم ربما لا يصل اليهم
شئ أو يصل اليهم أقل مما يصل اليهم اذا باعوا بعد قضاء المستعير دينه فكان اباؤهم مفيدا فيكون معتبرا وان لم يكن فيه وفاء بالدين
لم يبع الا أن يشاء المرتهن قال رحمه الله ﴿ولو عين قدرا أو جنسا أو بلدا فخالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن﴾ أي لو عين المعير
قدرا يرهنه به أو جنسا أو البلد الذي يرهنه فيه فخالف كان المعير بالخيار ان شاء ضمن المستعير قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان
كل واحد منهما متعد في حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب وانما كان كذلك لان التقييد مفيد وهو في
الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر أداؤه وفي النقصان أيضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع
عليه بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعديا فيضمن الا اذا عين له أكثر من قيمته فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو أكثر
لا يضمن لانه خلاف الى خير لان غرضه من الرجوع عليه بما هو أكثر حاصل بذلك مع تيسير أدائه لانه لم يرجع الا بقدر القيمة لان
الاستيفاء لم يقع الا به فتعيينه بأكثر من قيمته غير مفيد في حقه بل فيه ضرر عليه لتعسر أدائه وكذلك التقييد بالجنس والشخص
والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسير بعض الاجناس في التحصيل دون البعض وتفاوت الاشخاص والبلدان في الحفظ والامانة فيضمن
بالمخالفة فلو قال ضمن حيث كان التقييد مفيدا لكان أولى لان الاطلاق غير مستقيم فاذا ضمن المستعير تم عقد الرهن بينه وبين
المرتهن صح لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان ضمن المرتهن رجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن على ما
بيناه في الاستحقاق وقد تقدم له مزيد بيان فراجعه قال رحمه الله ﴿وان وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفيا ووجب مثله للمعير على
المستعير﴾ لان قبض الرهن قبض استيفاء وبالهلاك يتم الاستيفاء فسقط الدين عن الراهن ويضمن للمعير قيمته لانه قضى بذلك
القدر دينه ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر المضمون والباقي أمانة وهذا ظاهر وكذا لو انتقصت قيمة الرهن بعيب أصابه يذهب من
الدين بحسابه ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا وقول المؤلف ووجب مثله ليس بظاهر لان الثوب من القيمي لا من المثلي
وقول ملا مسكين أي وجب مثل الدين للمعير على المستعير كلام فاسد لان الواجب للمعير على المستعير هنا قيمة الثوب ولو قال وجب
بدله لكان أولى والله أعلم قال رحمه الله ﴿ولو افتكه المعير لا يمتنع المرتهن ان قضى دينه﴾ لان المعير غير متبرع بقضاء الدين لان فيه
من تخليص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من الدين وقوله لا يمتنع محله اذا رهنه وحده ولو رهن ما استعاره مع شئ آخر لم يأخذه
المعير الا ان يقضي جميع الدين فاذا قضى يأخذ ملكه لا غير قيد بان يكون المعير قضى الدين لان الاجنبي اذا قضى الدين فللمرتهن أن
يمنعه لانه متبرع وليس بساع في خلاص ملكه وفي النهاية اذا افتكه باكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزيادة
على قيمته وهو مشكل لان المعير مضطر الى دفع الزيادة لخلاص حقه فكيف يمنع من الرجوع مع وجود التضرر وأجاب في النهاية
قال قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع بقدر ما يتعلق به الايفاء فعلى الشارح
ان يعزي له الجواب والسؤال وتقدم بيان ما لو اختلفا في وقت الهلاك أو اختلفا في مقدار ما أمره به فراجعه ولو كانت العارية عبدا
فعتقه المعير نفذ اعتاقه لانه مالك رقبته والمرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه يستوفي حقه وان شاء ضمن المعير
القيمة لان حقه قد تعلق برقبة العبد وقد أتلفه بالاعتاق ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستعمله قبل ان يرهنه ثم رهنه بمال لانه
لما رهنه أزال التعدي وقد برئت ذمته عن ضمان الغصب لانه أمين خالف ثم عاد الى الوفاق فصار حكمه حكم الرهن وقد هلك عند
الراهن بعد الاسترداد ولا يضمن لما ذكرنا انه أمين وحكمه حكم الوديعة عنده لا حكم العارية لانتهاء حكم العارية بانفكاكه وصارت
يده يد المالك لكونه عاملا للمالك لتحصيل مقصوده وهو الرجوع عند الهلاك بخلاف المستعير لان يده يد نفسه واذا تعدى لا يبرأ
من الضمان حتى يوصله الى يد المالك على هذا عامة المشايخ واختاره صاحب الهداية واختاره شمس الائمة الكرخي واختار

شمس الأئمة أنه يبرأ وقال شيخ الإسلام إنه يبرأ المستعير إذا زال التعدي كالوديعة واستدل عليه بمسألة المستعير مطلقا وأراد المعير البيع وأبى الراهن من بيعه يباع بغير رضاه لأن له في الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج إلى الرهن فيخلصه بالإيفاء أو يزداد قيمته بسعر السعر فيستوفي منه حقه وقوله ولو افتكه المعير لا يتبع إلى آخره صادق بما إذا كانت قيمته قدر الدين أو أكثر أو أقل وقال صاحب الهداية ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع اعلم أن قوله جبرا عن الراهن في أثناء هذه المسألة من تعليقات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسألة حين أعسر الراهن كما ذكر شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام البزدوي ونبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبرا عن الراهن تصحيف عن قول محمد حين أعسر الراهن وقع من الكاتب والقارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبرا عن الراهن بغير رضاه ويوافق تفسير صاحب الكافي هذه المسألة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا بغير رضا الراهن ليس للمرتهن أن يمتنع إذا قضى دينه قال صاحب الكفاية معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن وقال صاحب العناية قوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرا بالمنافات عن الراهن من القضاء بنفسه اهـ أقول فيه كلام أما أولا فلأن ما اختاره من المعنى لا يمشي فيما إذا أراد أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن إذ لم يثبت عن الراهن إباء ذلك القضاء بنفسه لعدم مجيء أوانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبرا بالمنافات عنه من القضاء بنفسه مع أن تلك الصورة أيضا داخلة في جواب هذه المسألة كما لا يخفى وأما ثانيا فلأنه لم يسمع في العربية جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ومحل الإغلاق في تركيب المصنف إنما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا لكون الجبر بمعنى القهر إذ هو متحقق في مسألتنا بالنظر إلى المرتهن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق إلا أن يصار إلى تقدير لمنافات جعله وجعل كلمة عن متعلقة بما فإن المفرح في ذلك ولا يخفى أنه حينئذ أفسد تركيب مع حصول المقصود منه بسلاسة ومعاني كلمة عن بيانه وجه كما قاله صاحب الكفاية وظهر مما قدمه أن قول صاحب الهداية مثل الدين فيما سبق ليس باحترازي قال رحمه الله (وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة) لأن حق كل واحد منهما محترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه لأن الراهن مالك وقد تعدى على المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كالعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري به عبدا يقوم مقام الأول ولهذا يمنع المريض من التبرع بأكثر من الثلث ثم المرتهن يأخذ الضمان بدينه إن كان من جنس دينه وكان الدين حالا وإن كان مؤجلا يحبسه بالدين فإذا حل أخذه بدينه إن كان من جنس حقه وإلا حبسه بدينه حتى يستوفي دينه ولم يتعرض المؤلف لما إذا جنى الرهن على الراهن أو الأجنبي قال في المبسوط العبد الرهن إذا قتل رجلا خطأ فهذا لا يخلو إما إن كانت قيمته مثل الدين أو أقل أو أكثر فإن كانت قيمته مثل الدين فالراهن والمرتهن يخاطبان بالدفع أو الفداء لأن لأحدهما حقيقة الملك وللآخر حق يضاهي حقيقة الملك فيتصادمان فاشترط اجتماعهما في خطاب الدفع أو الفداء دون فداء مثل الدين لأن العبد زال عن ملك الراهن بسبب كان في يد المرتهن وفي ضمانه فصار كما لو مات حتف أنفه فيتقرر الاستيفاء فإن اختار أحدهما الدفع وأبى الآخر لا يدفع لأنه إن اختار الراهن الدفع فقد رام إزالة ملك الراهن بغير رضاه فيمنع من ذلك وإن اختار الفداء فالفداء كله على المرتهن لأن الفداء لدفع الهلاك عن العبد وإحياء حقه لتطهيره عن الجناية كأخذ الدواء لدفع الهلاك وثمن الدواء عليه لأن الهلاك عليه فكذلك الفداء وصار كالعبد المغصوب إذا جنى فالجناية في الغصب لأن الهلاك عليه فلذا إذا ولا يرجع بالفداء على الراهن لأنه قضى حقا واجبا عليه وإن فداه الراهن كان قضاء ما بقي إن بلغ الفداء كل الدين ولا يبقى رهنا إن بلغ بعضه فبقدره لأنه غير متبرع في الفداء لأن فيه استصلاح ملكه واستخلاص حقه فإن العبد مشغول بالجناية والعبد يطهر عن الجناية ويحيى ملكه والمالك لا يوصف بالتبرع في إصلاح ملكه وإحيائه فقد قضى واجبا على المرتهن وهو مضطر فيه فكان له الرجوع عليه كمن أعاره عبدا رهنه بدينه ثم قضى المعير دين المستعير يرجع بما قضى على المستعير لأنه يحتاج إلى تخليص ملكه وتطهيره عن شغل الرهن وكذا هذا فإن هلك في يد المرتهن بعدما فداه الراهن يرد على الراهن الفداء لأن الرهن برئ عن الدين بالإيفاء لأنه صار موفيا دينه بالفداء قال بعض مشايخنا إنه يرد الألف المستوفاة بهلاك الرهن وما وجد بعد الألف لم يستند إلى وقت الرهن لأن

الفداء

لأن الفداء حكم الجناية والجناية فعل حقيقي لا يحتمل النقض والإفساد لا يظهر في حق التصرفات التي لا تحتمل النقض فاحتمل فاقتصر
الاستيفاء بالهلاك على الحال وإن كان الاستيفاء بالهلاك آخرهما فيرد ما استوفاه آخرا وصار كما لو رهن بالمهر أو ببدل الخلع ثم استوفى
المرتهن دينه ثم هلك الرهن في يده يرد ما قبض لأن قضاء المهر يحتمل النقض وإن كان سبب وجوب الدين لا يحتمل النقض وهو
النكاح والخلع وكذا هذا كله إذا اختار الفداء أو الدفع فإن اختار أحدهما الفداء والآخر الدفع فالفداء أولى لأن الذي اختار الدفع
متعنت فيه أما الراهن فلأن في الدفع إبطال حق المرتهن في الحبس ولا يزول ملكه عن العبد ويزول ملكه عن الفداء إلى خلف فإنه
يرجع به على المرتهن فكان الفداء له أنفع من الدفع والمرتهن بالدفع قصد إلحاق الضرر بالراهن من غير نفع يحصل له لأن دينه يسقط
في الحالين وفي الدفع إزالة ملك الراهن وفي الفداء إبقاؤه على ملكه فكان متعنتا لا عبرة لاختيار المتعنت هذا كله إذا كانت قيمة
الرهن مثل الدين أو أقل فإن كانت أكثر بأن كانت قيمة العبد ألفين والدين ألف فإن اختار الفداء فالفداء عليهما نصفين لأن نصفه
مضمون على المرتهن ونصفه أمانة عنده فيقدر الضمان على المرتهن وبقدر الأمانة على الراهن اعتبارا للبعض بالكل فإن فداه
الراهن فهو متبرع إن كان الراهن حاضرا وإن كان غائبا يرجع على الراهن بنصفه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يرجع في
الحالين لأنه قضى دين غيره بغير أمره وهو غير مضطر فيه لأن الراهن يجبر على فداء النصف متى اختار المرتهن الفداء ولا يصلح
ملكه ولا يحيي حقه لأنه لا ملك له في العبد ولا حق له في نصف الأمانة ولا كذلك الراهن وله أن للمرتهن في نصف الأمانة حق الحبس
والإمساك وإن لم يكن مضمونا عليه وهو يحتاج إلى إحياء حقه وإصلاحه وفي الفداء إحياء حقه من وجه فإنه يصل إلى حقه بإمساكه
فيكون محتاجا إلى الفداء فلا يوصف بالتبرع وهو محتاج إلى الفداء ولو فداه الراهن والمرتهن غائب لم يكن متطوعا بما فدى ويخرج عن
الرهن لأنه يصلح ملك نفسه ويحيي حقه والمالك في إصلاح ملكه لا يكون متبرعا إلا أن يشاء المرتهن أن يؤدي نصف الفداء ولو دفعه
الراهن والمرتهن حاضران بطل دفعه ويفديه لأنه لا ينفرد أحدهما بالدفع لما بينا وإذا رهن عبدا قيمته ألف بألف ففقأ عيني
عبد قيمته ألف فدفع به وأخذ الأعمى فهو رهن بألف عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يدفع العبد بجنايته والعبد المدفوع يقوم
صحيحا وأعمى فيبطل من الرهن بقدره إن كان ثلثان فيبطل ثلثا الدين ويصير الأعمى رهنا بما بقي من الدين وإن شاء الراهن سلمه
للمرتهن بما بقي من الدين وإن شاء أخذه بما بقي وهذا بناء على أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الجثة العمياء تقوم مقام الصحيحة
لحما ودما وكذلك تقوم مقامها قيمة لزوما وحكما حتى لا يكون لصاحب الجثة العمياء أن يمسك الجثة ويضمن النقصان فيصير كأن
التامة في يد المرتهن إلا أنه انتقصت قيمته بتراجع السعر فيبقى بجميع الدين وعند محمد رحمه الله تعالى قيمة الجثة العمياء لا تقوم مقام
الجثة والعينين جميعا ولا تكون بدلا عنهما حتى أن له أن يمسك الجثة ويرجع بقيمة النقصان فكذلك العبد الجاني يكون بعضه بإزاء
الجثة وبعضه بإزاء العينين فما كان بإزاء العينين فات لا إلى بدل وما كان بإزاء الجثة فات إلى بدله فسقط ما كان بإزاء العينين ويبقى
ما كان بإزاء الجثة وعند أبي يوسف كذلك القيمة بإزاء الجثة والعينين متى اختار المفقوءة عينه إمساك الجثة وتضمين النقصان فأما
إذا اختار دفع الجثة وأخذ الجاني فالجاني كله يكون بدلا عن العينين لا عن الجثة لأن الجاني إنما وجب دفعه بسبب الجناية فيقوم
مقام الفائت بالجناية والفائت بالجناية العينان لا الجثة وكان كما لو فقأ عينا واحدة وأخذ نصف قيمة المفقوء كان المأخوذ بدلا عن الفائت
وكذا إذا فقأ العينين إلا أن بدل العينين بدل جميع الرقبة كما في الحر والأصل أن يوفر على المالك بدل ملكه فإنه يزال المبدل عن
ملكه حتى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وقد تعذر إزالة العين عن ملك المفقوءة عيناه عن ملكه فجعلنا الجثة قائمة مقام
العينين والمدفوع كان بإزاء العينين فصار الرهن فائتا إلى خلف وإن كان أقل قيمة فيبقى بجميع الدين عبد الرهن أتلف متاعا لرجل
يباع فيه فإن بقي من ثمنه شيء فهو رهن لأنه بدل بعض الرهن فيقوم مقام المبدل كبعض طرفه فإن بقي شيء فهو للمرتهن لأنه بالبيع
صار كالهالك في حقه فصار مستوفيا ومتملكا له ويكون الثمن بدل ملكه فيكون له ولم يتعرض المؤلف لمسائل جناية الرهن بالحفر وفي
المبسوط رهن عبدا بألف فحفر العبد عند المرتهن بئرا في الطريق ثم افتك الرهن وأخذ العبد فهو على أربعة أوجه إما أن وقع فيها
دابة ثم دابة أو وقع فيها إنسان ثم إنسان أو وقع فيها إنسان ثم دابة فإن وقع فيها دابة وتلفت وهي تساوي ألفا فالعبد يباع في الدين إلا أن
يفديه المولى لأن العبد أتلف الدابة بالحفر والعبد إذا أتلف مال إنسان يقال لمولاه إما أن تبيع العبد أو تقضي دينه فإن باع العبد بألف
وأخذها صاحب الدابة يرجع الراهن على المرتهن بالدين الذي قضاه فإن العبد تلف في ضمان المرتهن لأنه زال عن ملك المولى بسبب

تحقق في ملك المرتهن فيعتبر كأن زال عن ملكه بالموت في يد المرتهن وقد استوفى دينه قبل ذلك فيرجع الراهن عليه بما قبضه
حقيقة الاستيفاء وصار كالعبد المغصوب اذا حفر في يد الغاصب بئرا في الطريق ثم رده على مولاه ثم تلفت في البئر دابة فالحكم كما وصفنا
وكذا هذا وان وقع في البئر دابة أخرى قيمتها ألف شارك صاحب الدابة الاولى ويأخذ نصف ما أخذ لانه يصير متلفا الدابتين بالحفر
من وقت سببا لانه لا فعل له سوى الحفر فكان سبب تلف الدابتين الحفر فصار متلفا الدابتين معا فصارت قيمتهما دينا على العبد
ولا يرجع المولى على الراهن بشئ لان حقه في ثمن العبد أو كسبه وما أخذه الراهن من المرتهن ليس ثمن العبد ولا كسبه وأما اذا تلف
فيها انسان فدفع العبد به رجع الراهن على المرتهن بما قضاه من الدين لان العبد تلف بسبب كان في يده فيصير مستوفيا الدين من
وقت الرهن وقد استوفى مرة أخرى قبل ذلك فلزمه رد أحد الدينين فان تلف فيها انسان آخر بعد ما دفع العبد فولي الثاني تشارك
الاول في العبد لما بينا واذا وقع فيها دابة فبيع العبد وصرف ثمنه الى صاحبها ثم وقع انسان فمات فدمه هدر وكان يجب ان ينقض البيع
ثم يدفع الى ولي الجناية ثم يباع بدين العبد والجواب عنه ان نقض البيع لا يفيد لانه لو نقضناه احتجنا الى اعادته مثله ثانيا فيكون
اشتغالا من القاضي بما لا يفيد والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد وأما اذا وقع فيها آدمي ومات فدفع العبد بالجناية ثم وقع فيها دابة فيقال
لولي القتيل اما ان تبيع العبد أو تقضي الدين لان الجنايتين استندتا الى وقت الحفر فكأنهما وقعتا معا فيدفع العبد الى ولي الجناية
ويخير بين البيع والفداء فكذا هذا ويمكن ان يقال ينبغي ان يعلم أولا ان العبد اذا جنى اما ان تكون جنايته على آدمي أو غيره من
مال حيوان أو غيره ويختلف الحكم قال محمد في الاصل اذا جنى العبد على آدمي جناية موجبة للمال فمولاه بالخيار ان شاء دفعه وان
شاء فداه بدفع أرشها وفرق بين جنايته على آدمي وجنايته على المال ففي الجناية على الآدمي يخير المولى بين الدفع والفداء وفي جنايته
على مال الغير يخير المولى بين البيع ودفع الثمن وبين فدائه ففي حفر البئر في الطريق مثلا اذا وقع فيها دابة مثلا فتلفت فباع المولى العبد
ودفع ثمنه في الجناية لرب الدابة ثم تلفت فيها دابة أخرى يتبع رب الدابة الثانية رب الدابة الاولى لان المولى لما باعه ودفع ثمنه فقد فعل
ما هو الواجب عليه وخرج من العهدة فلما وقع الآدمي ثانيا فقد هدر دمه لعدم المطالب على المالك بعد خروجه من العهدة ودفع ثمنه قام مقام
خلاص العبد للمشتري وفي المسئلة الثانية لما دفعه بعينه لولي الجناية الاولى ثم وقع في البئر انسان آخر والعبد بعينه باق في ملك صاحب
الجناية الاولى وقد تجدد عليه جناية بوقوع الثاني فيه وتلف بسبب حفره السابق وقد دفع بعينه للاول فيخاطب مالكه في الجناية
الاولى بما هو الاصل من الدفع أو الفداء ويتجه قوله لان الجنايتين استندتا الى وقت الحفر الى آخره هذا وقد يجاب بالاسناد لانه لا يهدر
دمه لما ذكر في المبسوط في جناية العبد في الحفر لو حفر عبد بئرا في الطريق فاعتق فوقع فيه رجل فمات فعلى المولى قيمته لجنايته
في ملكه ثم قال فان وقع فيها آخر اشتركا في القيمة لانه بالاعتاق أتلف رقبة واحدة فعليه قيمة واحدة فهي بينهما فان وقع فيها العبد
نفسه فوارثه يشارك الاول في ملك القيمة لان العبد بعد العتق ظهر في تلك الجناية وصار كغيره من الاجانب وعن محمد ان دمه هدر
والاصل ان العبد لو حفر بئرا في الطريق ثم أعتق ثم وقع فيها فمات فدمه هدر لانه جنى على نفسه وظاهر الرواية ان على المولى قيمته
لورثته لما ذكرنا انه لما اعتق ظهر من الجناية عبدان حفرا بئرا في الطريق فوقع فيها عبد الرهن فدفعا به ثم وقع أحدهما فيها فمات تلف
نصف الدين وهدر دمه لانهما قاما مقام العبد الاول وأخذا حكم الاول ولو وقع العبد الاول في البئر وذهب نصفه بان ذهبت عينه أو شلت
يده سقط نصف الدين فكذا هذا قال رحمه الله ﴿وجناية الرهن عليهما وعلى مالهما هدر﴾ ولا يخفى ان هذا الاطلاق غير ظاهر ولو قال
المؤلف وجنايته على الراهن الموجبة للمال وعلى ماله هدر وعلى المرتهن فيما دون النفس أو في ماله هدر كان أولى لان الجناية على الراهن
الموجبة للقصاص معتبرة في النفس والاطراف فيما يوجبه وعلى المرتهن في النفس الموجبة للقصاص معتبرة ومحل كونها هدرا في حق
المرتهن حيث لا فضل في قيمته عند الامام قال الشارح أطلق الجواب والمراد جناية لا توجب القصاص وان كانت توجبه معتبرة
حتى يجب عليه القصاص أما الراهن فظاهر لانه أجنبي عنه وكذا المولى لانه كالاجنبي عنه في حق الدم اذ لم يدخل في ملكه
الا من حيث المالية ألا ترى ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص باطل واقرار العبد بها جائز والاقرار بالمال على عكسه
فاذا لم يكن في ملكه من ذلك الوجه صار أجنبيا عنه بخلاف ما يوجب المال لان ماليته ملك المولى ويستحقه المرتهن ولا فائدة
في اعتبارها اذ تحصيل الحاصل محال بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه حيث تعتبر عند أبي حنيفة لان الملك عند أداء
الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن على الغاصب فكانت جنايته على غير ملكه فاعتبرت وهذا الحكم فيهما

إذا كانت جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بأن كانت على غير الآدمي في النفس خطأ أو فيما دونها فكذلك عند
أبي حنيفة وقالا إن كانت جنايته على الراهن فكذلك وإن كانت على المرتهن فمعتبرة لأن في اعتبارها فائدة تملك رقبة العبد
والمرتهن غير مالك حقيقة فكانت جناية المرتهن عليه جناية على غير المالك فيعتبرها سقطت لعدم الفائدة في جناية لا توجب دفع
العبد لما كرها وهذه أفادت ملك رقبة العبد وإن كان دينه يسقط بذلك لأنه قد يختار ملك رقبة العبد نظرا عما يكون بقاء الدين
أنفع له فيختار أيهما شاء ثم إذا اختار أخذه ووافقه الراهن على ذلك بطل الرهن لسقوط الدين بهلاكه لأن دفعه بالجناية
يوجب هلاكه على الراهن فيسقط به الدين ولهذا لو جنى على الأجنبي فدفع به أسقط الدين وإن لم يدفع بالجناية فهو رهن على حاله
ولأبي حنيفة أن هذه الجناية لو اعتبرناها فالمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لأنها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان
مع وجوب التخليص عليه وهذا الاختلاف نظير الاختلاف في العبد المغصوب في جنايته على الغاصب لا تعتبر عنده وعندهما
تعتبر وما ذكر من الفائدة غير ظاهر لأن أخذ العبد بالجناية لا يكون إلا باختيار المالك وفي رواية عن أبي حنيفة إذا كانت
قيمة الرهن أكثر من الدين فإن كانت جنايته على المرتهن معتبرة بحسابها لأن الزائد أمانة فصار كجناية العبد المودع قيد بقوله
عليهما لأن جنايته على أولادهما معتبرة ولو جنى الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فهي معتبرة في الصحيح حتى يدفع بها
أو يفدى وإن كانت على المال فيباع كما إذا جنى على الأجنبي إذ هو أجنبي كسائر الأملاك هذا ولم يتعرض المؤلف لبقية الجناية أي
تكون هدرا والجناية لبعض الرهن على بعض قال في المبسوط أصله أن جناية المشغول على المشغول هدر لكن يسقط الدين في المجني
بقدره وجناية المشغول على الفارغ والفارغ على الفارغ وجناية الفارغ على المشغول معتبرة ويتحول ما في المشغول من الدين
إلى الفارغ فيصير رهنا مكانه لأن الجناية إنما تعتبر لحق المرتهن في المجني عليه لا لحق الراهن لأن كلاهما ملكه واعتبار الجناية
لحق المرتهن لا يفيد إلا في جناية الفارغ على المشغول لأنها إنما تعتبر ليشتغل الجاني عما كان من المجني عليه وهو الحبس وهذا
ثابت قبل الجناية فإن الجاني كان محبوسا بالدين الذي كان المجني عليه محبوسا به ولهذا جناية الفارغ على الفارغ هدر لأنه لا شغل
فيها لحق الحبس وإذا لم يفد اعتبارها صار كأنه فات بآفة سماوية فإن جناية الفارغ على المشغول تفيد لأن الدين تحول إليه من المجني
عليه فقام مقامه ثم المسائل على فصول أحدها في الجناية على الرهن والثاني في جناية ولد الرهن والثالث في جناية الرهن المستعار
وإذا ارتهن دابتين فأتلفت إحداهما الأخرى ذهب من الدين بحسابها بخلاف ما لو كان الرهن عبدين فقتل أحدهما الآخر
يتحول دين المقتول إلى القاتل لأن جناية العجماء جبار لقوله عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار فكان قتل إحداهما
الأخرى بمنزلة موتها حتف أنفها وأما جناية الرقيق على الرقيق فمعتبرة حتى يجب القصاص أو يجب الدفع أو الفداء فقام القاتل
مقام المقتول فيتحول دين المقتول إلى القاتل ثم أي قدر يتحول إليه فنقول إذا ارتهن عبدين فلا يخلو إما أن ارتهنهما في صفقة
واحدة أو في صفقتين فإن ارتهنهما في صفقة بألف وقيمة كل واحد منهما ألف فقتل أحدهما صاحبه فالباقي رهن بسبعمائة
وخمسين لأن كل واحد منهما نصفه مشغول ونصفه فارغ فالنصف الفارغ من العبد المقتول تلف بجناية الفارغ على المشغول وجناية
الفارغ على الفارغ وذلك كله هدر والنصف من النصف المشغول تلف بجناية المشغول على المشغول وذلك هدر فصار كأنه رهن
بسبعمائة وخمسين ولو لم يقتل ولكن فقأ عينه فلا يخلو إما أن يكون فقأ عين الآخر فقط أو فقأ كل واحد عين الآخر متعاقبا أو معا
فإن فقأ أحدهما عين الآخر لا غير كان الفاقئ رهنا بستمائة وخمسة وعشرين والآخر بمائتين وخمسين ولا يفتكهما إلا جميعا
أما المفقوءة عينه لأنه كان رهنا بخمسمائة والذي فقئ أتلف منه نصفه لأن العين من الآدمي نصفه ونصفه فارغ ونصفه مشغول
فيبقى نصف الدين بإزاء النصف القائم والجناية على النصف الفارغ من العين هدر لأنه تلف بجناية الفارغ على الفارغ أو بجناية
المشغول على الفارغ وهما كله هدر والجناية على نصف المشغول هدر لأن نصف نصفه تلف بجناية المشغول لأن الفاقئ نصفه مشغول
ونصفه فارغ وجناية المشغول على المشغول هدر فيسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية على نصف نصف
المشغول معتبرة لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية
على نصف نصف المشغول معتبرة لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائة وخمسة
وعشرون فبقي دين المفقوءة عينه مائة وخمسة وعشرين فكان رهنا وتحول من دينه إلى الفاقئ قدر ربعه مائة وخمسة وعشرون

فكان الباقي رهنا بستمائة وخمسة وعشرين وسقط من دين المفقوءة عينه قدر ربعه وذلك مائة وخمسة وعشرون ولا يفتكهما الا جميعا لان الرهن واحد ولو أن المفقوءة عينه فقأ عين الباقي الأول ٧ ثلاثمائة واثنى عشر ونصف والباقي الآخر يكون رهنا بأربعمائة وستة وربع لان الباقي الآخر أتلف نصف الباقي الاول وبقي نصفه فيبقى نصف الدين بإزاء نصف الباقي وذلك ثلاثمائة واثنا عشر ونصف لان الجناية على النصف الفارغ هدر وعلى نصف نصف المشغول أيضا هدر ويسقط ما بإزائه من الدين وذلك ربعه وهو مائة وستة وخمسون وعلى نصف نصف المشغول معتبرة لما مضى فتحول ما بإزائه من الدين الى الباقي الآخر وهو ربعه وذلك مائة وستة وخمسون فبقي الباقي الاول بأربعمائة وستة وربع ولو فقأ كل واحد منهما عين الآخر بقي الباقي الاول رهنا بثلاثمائة واثنى عشر ونصف وصار الباقي الثاني رهنا بأربعمائة وستة وربع ولو فقأ كل واحد منهما عين الآخر معا ذهب من الدين ربعه وبقي كل واحد بثلاثة أرباع خمسمائة لان الأصغر لما فقأ عين الاكبر فقد أتلف منه نصفه فيبقى نصف الدين بإزاء النصف الباقي والنصف التالف من الاكبر نصفه فارغ ونصفه مشغول والجناية على النصف الفارغ هدر والجناية على نصف النصف المشغول هدر وسقط ما بإزائه من الدين وذلك ربعه والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة فيتحول ما بإزائه الى الأصغر وذلك ربعه وسقط من دين الأصغر ربعه أيضا لان الجناية على نصف النصف المشغول هدر فسقط ما بإزائه من الدين فالحاصل انه بقي من دينه مائتان وخمسون وتحول اليه من دين الاكبر ربعه فصار رهنا بثلاثة أرباع خمسمائة وأما اذا ارتهن عبدين كل واحد بخمسمائة صفقة على حدة فقتل أحدهما صاحبه فان لم يكن فيهما فضل عن الدين روي عن أبي حنيفة رحمه الله انه يسقط ما في الحي عليه لانه لا فائدة في الدفع للمرتهن وهدرت الجناية فان كان فيهما فضل يخير الراهن والمرتهن ان شاء جعلا القاتل مكان المقتول وبطل ما في المقتول من الدين وان شاء أفديا القاتل بقيمة المقتول وغرم كل واحد خمسمائة فكانت القيمة رهنا مكان المقتول والقاتل رهن بحاله لان المقتول كأنه تلف بجناية الفارغ لان الصفقة متفرقة فالحق المتعلق بأحدهما لا يتعلق بالآخر فكان كل واحد منهما فارغا عن الآخر ولهذا لو قضى دين أحدهما كان له ان يفتكه وجنايته المشغول على الفارغ معتبرة فصار كأنه جنى أحدهما على عبد لاجنبي يخير الراهن والمرتهن بين الدفع والفداء وكذا هذا وان اختار الفداء غرم كل واحد خمسمائة لان نصف القاتل مضمون على المرتهن ونصفه أمانة عنده فكان الفداء عليهما اعتبارا للبعض بالكل وان كان فقأ أحدهما عين الآخر فقيل لهما ادفعاه أو افدياه بأرش عين الآخر لان اتلاف البعض يعتبر باتلاف الكل وفي اتلاف الكل خير فكذا في اتلاف البعض فان دفعه بطل ما فيه من الدين وان فدياه كان الفداء عليهما نصفين رهنا مع المفقوءة عينه ولو قال المرتهن لا أفدي وأدع الرهن على حاله ذلك والمفقوءة عينه ذهب نصف ما فيه لان هذه الجناية انما تعتبر لحق المرتهن لا لحق الراهن لانه لو طلب الجناية ودفع الجاني سقط نصف الدين ولو ترك الجناية يسقط ربع الدين فكان في طلب الجناية ضرر بالمرتهن فاذا رضي بابطال حقه فله ذلك ويسقط اعتبار الجناية ولو قال الراهن افديه وقال المرتهن لا أفديه فللراهن ان يفديه بأرش الجناية كلها الا انه محتاج الى الفداء ليخلص عبد الرهن عن الجناية فان فداه يكون له نصف ذلك دينا على المرتهن في العبد الجاني ويبطل في حقه من العبد الجاني نصفه لان الراهن مضطر الى الفداء لانه بالفداء يحيي ملكه والانسان فيما يحيي ملكه لا يكون متبرعا فيكون له حق الرجوع عليه وللمرتهن عليه مثله فيلتقيان قصاصا فيصير مؤديا دين السائل فيخرج القاتل من الرهن وان أبى الراهن الفداء وقال المرتهن أفدي وفدى يكون متطوعا فيه اذا كان الراهن حاضرا الا بقدر المضمون أدى عن نفسه وبقدر الامانة أدى عن الراهن وهو غير مضطر فيه لانه غير محي ملكه فيكون متبرعا وان كان الراهن غائبا كان على الراهن نصف الفداء دينا فقيل هذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يكون متبرعا كان الراهن حاضرا أو غائبا لما يأتي ولو قتل العبد المرهون نفسه أو فقأ عينه فلا شيء عليه كالموت لان جناية الانسان على نفسه هدر لما بينا واذا كان الرهن أمتين قيمة كل واحدة ألف فولدت كل واحدة بنتا تساوي ألفا والدين ألف فقتلت احدى البنتين صاحبتها لم يبطل من الدين شيء والباقي رهن بالف كلها لان الدين لم يقسم عليهما وعلى ولديهما أرباعا على سبيل الترتيب والانتظار لان قيمتهما على السواء فصارت كل واحدة فارغة وربعها مشغول بالدين لان قيمة كل واحدة مثل الدين والمقتولة ثلاثة أرباعها فارغة وربعها مشغول والجناية على ثلاثة أرباعها هدر لانه تلف بجناية الفارغ على الفارغ وبجناية المشغول على الفارغ الا انه لا يسقط ما بإزائه من الدين ولكن يلحق بأمهاتها لان

بفوات الدين فيتحول ما فيه من الدين الى الام والجناية على ثلاثة أرباع ربع المشغول معتبرة لانه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول ما بازائه من الدين الى القاتلة فصارت القاتلة رهنا بسبعمائة وخمسين وأما القاتلة كانت رهنا بمائتين وخمسين وذلك كله ألف فان ماتت أم المقتولة بقيت القاتلة وأمها بسبعمائة وسبعة وثمانين ونصف لحقها من الجناية واقتكها بذلك أمة مرهونة بألف وقيمتها ألف فولدت ولدا يساوي ألفا فنفى الولد فدفع به لم يبطل من الدين شئ لان دفع الولد بمنزلة الهلاك ولو هلك الولد لا يسقط شئ من الدين فكذا هذا وان فقأت الام عيني البنت فدفعت الام وأخذت البنت فهي رهن بألف كاملة لان الام ان ماتت ماتت بجميع الالف عندهما وعند محمد رحمه الله تعالى يسقط من الدين بقدر نقصان العين لان عنده في الجثة العمياء اذا اختار مولى الفاقئ الدفع وأخذ الجثة له ذلك وليس لمولى المفقوءة امساك الجثة وتضمين النقصان وكذلك عند أبي يوسف رحمه الله تعالى اذا اختار مولى المفقوءة دفع الجثة وأخذ الفاقئ فالرهن كله فات الى خلف فيقوم الخلف مقامه وعند محمد رحمه الله لمولى المفقوءة امساك الجثة وتضمين النقصان وكان الفاقئ بدلا عن الجثة وعن العينين جميعا فما بازاء العينين من الرهن قد تلف لان العينين لم تصر ملكا للراهن ولا وصل الى المرتهن فكان الرهن بقدر الجثة فاتت بخلف فيكون رهنا به فان فقأت الام بعد ذلك عيني البنت فدفعت وأخذت الام عمياء ففي القياس تكون رهنا بجميع المال لان البنت قامت مقام الام بالدفع كما قامت الام مقام البنت بالدفع في جميع الرهن وفي الاستحسان يعود الرهن الاول على حاله ويذهب منه بحساب ما نقص من العينين لان الام كانت أصلا في الرهن والبنت جعلت بدلا عنها وتعاطيا فاذا دفعت الام بالبنت فقد وقعت القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود من الرهن الايفاء ولم يوجد الايفاء فسقط اعتبار البدل وبقيت الام أصلا في الرهن كما كانت قبل الدفع لا بدلا عن البنت فكانت أصلا ولو ذهبت عيناه يسقط من الدين بحساب العمياء فكذا هذا ولان البنت لما جعلت بدلا وتعاطيا في الرهن فلو قامت الام مقام البنت يكون في هذا التفريع تبعا لتبعيته وهذا خلاف موضع الشرع فلا تقوم الام مقام البنت بل تبقى أصلا وتبقى رهنا كما كانت رهن أمة تساوي ألفا بألف وولدت ولدين كل واحد يساوي ألفا ففقأ أحدهما فدفع ثم فقأت الام عينه فدفعت الام وأخذ الولد مكانها فالولدان بألف وهذا عندهما لان الابن الاعمى يقوم مقام الام والام مع الابن الصحيح كانا رهنا بجميع الدين وكذلك الابنان وعند محمد رحمه الله تعالى يسقط من الدين بقدر نقصان الاعمى فان مات الاعمى ذهب نصف الدين فان جنى الولد الباقي على الام فدفع وأخذ عاد الرهن الى حاله الاول وذهب من الدين بحساب ما ذهب من الام استحسانا وفي القياس يكون على ما كان من الولد لما بينا رهن أمتين تساوي كل واحدة ألفا فولدت كل واحدة ولدا يساوي ألفا ثم ان أحد الولدين قتل أمه لم يلحقه من الجناية شئ وكان رهنا بمائتين وخمسين وذهبت الام بما فيها مائتين وخمسين لان جناية ولد الرهن على الام هدر لانه تبع للام وفي حق الرهن لان عقد الرهن لم يرد عليه وانما صار رهنا تبعا للام فصار كسائر أطرافها وجنايتها على طرفها هدر وسقط ما فيها فكذا هذا ولو أن الام قتلت ولدها فما نصيبه اليها لان جنايتها على ولدها ان كانت مهدرة صار كأن الولد مات حتف أنفه ويحول ما فيه الى أمه ولو لم يكن كذلك لكن أحد الولدين قتل الولد الآخر كانت أم المقتول وثلاثة أثمان القاتل رهنا بخمسمائة وخمسة أثمان القاتل وأمه رهن بخمسمائة قال والصواب أن يقال ان ثمن القاتل ونصف ثمنه مع أم المقتول رهن بخمسمائة وستة أثمان القاتل ونصف وأم القاتل بخمسمائة لان الدين انقسم بينهم أرباعا لاستواء قيمتهم فصار بازاء كل واحد منهم مائتان وخمسون وثلاثة أرباع المقتول فارغ عن الدين لان قيمته ألف وربعه مشغول والقاتل كذلك والجناية على ثلاثة أرباع الفارغ هدر والجناية على ربع الربع المشغول هدر لانه تلف بجناية المشغول على المشغول فيتحول ما بازائه الى أم المقتول وذلك اثنان وستون ونصف والجناية على ثلاثة أرباع هذا الربع معتبرة لانه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول ما بازائه الى القاتل وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف وذلك ثلاثة أرباع مائتين وخمسين فصار ما في المقتول وهو مائتان وخمسون على أربعة أسهم فصار الالف على ستة أسهم وقد تحول ثلاثة منها الى القاتل وثلاثة من ستة عشر يكون ثمنه ونصف ثمنه والباقي ستة أثمان ونصف ثمنه فان مات القاتل لم يسقط من الدين شئ لانه بهلاك ولد الرهن لا يسقط شئ وان لم يمت وماتت أمه ذهب ربع الدين لانه كان بازائها ربع الدين ولو لم تمت امه ولكن ماتت أم المقتول ذهب من الدين خمسة أثمان خمسمائة أربعة أثمانها دين نفسها وهو مائتان وخمسون وثمنها بسبب الجناية على ولدها وبقي القاتل رهنا بسبعة أثمان خمسمائة أربعة أثمان دين نفسها وذلك مائتان وخمسون وثلاثة أثمان تحول اليه من دين المقتول وذلك مائة وسبعة وثمانون ونصف

وخمسون ومائتان في عنق أمه فيفتكهما به قال راهن رهن عبدا وأمة قيمة كل واحد ألف ولدت الجارية ولدا يساوي ألفا فجني الولد ودفع به ثم فقأ الولد عيني العبد وأخذ مكانه فيكون مع الأم رهنا بجميع الدين لأن الولد قام مقام العبد لأنه الرهن فإن نكاه وأخذ بدلا لأنه فات لعبد وأخذ ما بإزائه بدلا بصحيح العينين فصار كأن الرهن إلى خلف فيقوم مقام الأصل في الرهن فإن قتل الولد معا والأم الولد فالقاتل رهن بسبعمائة وخمسين لأن كل واحد منهما رهن بخمسمائة فيكون نصفه فارغا ونصفه مشغولا والجناية على النصف الفارغ وعلى نصف النصف المشغول هدر وسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائتان وخمسون والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة ويتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل فيصير القاتل أيهما كان رهنا بسبعمائة وخمسين ولو جاء العبد الأعمى فقتل القاتل ودفع به كان رهنا بسبعمائة وخمسين وهذا قياس وفي الاستحسان يسقط من الدين بقدر نقصان العينين وقد مر فيما تقدم وإذا استعار من رجلين عبدين قيمة كل واحد ألف ورهنهما بألف ففقأ أحدهما عين الآخر ثم المفقوءة عينه فقأ عين الفاقئ فهنا أحكام ثلاثة حكم بين المستعير والمرتهن وحكم فيما بين المستعير والمعيرين وحكم فيما بين المعيرين أما الحكم فيما بين المستعير والمرتهن فنقول إن كل عبد نصفه فارغ ونصفه مشغول فلما فقأ عين الأكبر الأصغر فقد أتلف نصفه لأن العين من الآدمي نصفه فالجناية على النصف الفارغ وعلى النصف المشغول هدر لما بينا فسقط ما بإزائه من الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون والجناية على نصف النصف المشغول معتبرة لأنه تلف بجناية الفارغ على المشغول فيتحول ما بإزائه من الدين إلى القاتل وذلك مائة وخمسة وعشرون فبقي الأصغر رهنا بمائتين وخمسين وصار الأكبر رهنا بستمائة وخمسة وعشرين ثم لما فقأ الأصغر عين الأكبر فقد أتلف نصف الأكبر وما بإزاء نصفه ثلاثمائة واثنا عشر ونصف فسقط نصف ذلك وذلك مائة وستة وخمسون وربع ويتحول نصف الآخر وذلك ربع الأصغر فبقي الأكبر رهنا بثلاثمائة واثني عشر ونصف وصار الأصغر رهنا بأربعمائة وستة وربع فيكون جملة ذلك سبعمائة وثمانية عشر وثلاثة أرباع وسقط مائتان وأحد وثمانون وربع وأما الحكم فيما بين المعير والمستعير فالمستعير يملك العبد بسبعمائة وثمانية عشر درهما وثلاثة أرباع درهم وعليه أن يؤدي لمولى العبد المفقوءة عينه أولا مائة وخمسة وعشرون ولمولى العبد المفقوءة عينه آخرا مائة وستة وخمسون وربع لأن كل واحد من المولين صار قاضيا دينه من عبده هذا القدر وأما الحكم فيما بين المعيرين وهو أن يقال لمولى العبد الأكبر ادفع ثلاثة أرباع عبدك إلى الثاني وافده بثلاثة أرباع أرش الفاقئ الآخر لأنه وصل إليه ربع أرش العين من جهة المستعير لأنه وصل إليه من جهة المستعير مائة وخمسة وعشرون وذلك ربع أرش العين لأن أرش العين الواحدة خمسمائة متى كانت قيمة العبد ألفا ولم يصل إليه ثلاثة أرباع أرش العين فإن فدى يقال لمولى الأصغر ادفع من عبدك ثلاثة أخماسه وثلاثة أثمان خمسه ونصف ثمن خمسه أو افده بمثل ذلك من أرش العين لأنه وصل إلى مولى الأكبر من جهة المستعير مائة وستة وخمسون وربع أرش العين وأربعة أثمان أخماسه ونصف ثمن خمس فإذا دفع أو فدى فقد برئ كل من حق فظهر كل عبد بين جنايتين وعشر ولا يرجع واحد على صاحبه بشيء قال رحمه الله ﴿ولو رهن عبدا يساوي ألفا بألف ورجعت قيمته إلى مائة فقتله رجل خطأ وغرم مائة وحل الأجل فالمرتهن يقبض المائة قضاء لحقه ولا يرجع على الراهن بشيء﴾ أصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا وقد قدمنا ما فيه من التفصيل خلافا لزفر وهو يقول إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك غير معتبر في المبيع حتى إذا حصل في المبيع قبل القبض لا يثبت للمشتري الخيار ولو حصل في الغصب لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين على ما تقدم وإذا قتله حر غرم قيمته يوم الإتلاف لأن القيمة تعتبر يوم الإتلاف لأن المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن يتعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لأن يد الراهن يد استيفاء من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا الألف بمائة لأنه يؤدي إلى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فإذا هلكت يصير مستوفيا التسعمائة بالهلاك بخلاف ما إذا كان من غير قتل أحد لأنه يصير مستوفيا الكل بالعبد ولا يؤدي إلى الربا لاختلاف الجنس بخلاف المسألة الأولى لأنا لو جعلناه مستوفيا الألف بمائة يؤدي إلى الربا فجعلناه مستوفيا تسعمائة بالعبد الهالك وهو المقتول والمائة بالمائة قال رحمه الله ﴿ولو باعه بمائة بأمره قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة﴾ أي لو باع المرتهن العبد الذي يساوي ألفا بمائة بأمر الراهن وكان رهنا بألف قبض المرتهن تلك المائة التي هي الثمن قضاء لحقه ورجع على الراهن بتسعمائة لأنه لما باعه

بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك بطل الرهن وبقي الدين إلا بقدر ما استوفاه فكذا هذا
وإذا انتقصت قيمته بتغير السعر حتى عليه وأما إذا ازدادت قيمته بتغير السعر حتى عليه أو مات بالسراية أو جنى على المرهونة ولدها
أو اعور المرهون أو زال عوره حتى عليه فهذا كذلك تتميما للفائدة قال في المبسوط عبد مرهون صارت قيمته ألفين فصار كأنه
غصبه غاصب بثمن ألفين فكذا هذا فإن أدى ألفا وتوى ألف كان المرتهن أولى بها لأن القيمة الأصلية كانت ألفا ثم زادت
ألفا أخرى فكانت هذه الألف الزائدة تبعا للألف الأصلية حيث وجدت بسبب وجودها فإذا ورد الهلاك يصرف إلى التابع لا إلى
الأصل والتابع جميعا لأن فيه إلحاق التابع بالأصل ولا يجوز ذلك ولا يمكن صرفه إلى الأصل دون التابع لأنه لا يمكن إبقاء التابع دون
الأصل ولأن فيه ترجيح التابع على الأصل وذلك ممتنع فصرفنا الهلاك إلى التابع ضرورة تحقيقا للتبعية كما في المضاربة يصرف
الهلاك إلى الربح وإن كانت قيمته في الأصل ألفين فما يخرج من قيمته بين الراهن والمرتهن نصفين وما توى بينهما لأن كل واحد
منهما أصل بنفسه فما توى يتوى على الحقين وما يخرج يخرج على الحقين عبد مرهون بألف وقيمته ألف فقتله عبدان فدفعا به
فهما جميعا رهن بألف لأنهما قاما مقام الأول فيكون حكمهما كالأول فتكون جناية أحدهما على صاحبه كجناية الأول على نفسه وذلك
هدر وغير معتبر ويجعل التالف كالتالف بالسماوية بآفة سماوية عبدان رهنا بألف يساوي كل واحد خمسمائة فصار كل واحد
يساوي ألفا ثم قتل أحدهما صاحبه كان الباقي رهنا بسبعمائة وخمسين لأن كل واحد منهما نصفه فارغ ونصفه مشغول في هذه الحالة
ولو كانت قيمة كل واحد منهما ألفا يوم الارتهان يصير القاتل رهنا بسبعمائة وخمسين فكذا إذا كانت قيمة كل واحد منهما ألفا
يوم الجناية إذ المعنى يجمعهما أيضا ولو قتل كل واحد منهما عبدا فدفع به وقيمة المدفوع قليله أو كثيره ثم قتل أحد المدفوعين
صاحبه فالحكم فيه كذلك لأنهما قاما مقام الأصلين فكان الأصلين قائمان فازدادت قيمتهما ثم قتل أحدهما صاحبه لأن حكم البدل
لا يخالف حكم الأصل وفي المنتقى رجل قطع يد أمة إنسان قيمتها ألف ثم رهنها المولى بخمسمائة وهي قيمتها فولدت ولدا يساوي
خمسمائة ولم تنقصها الولادة شيئا ثم ماتت من الجناية فإن شاء المولى حاسب المرتهن فيذهب من الدين بحساب ذلك ولا شيء له على الجاني
وإن شاء أخذ من الجاني قيمتها يوم قطع يدها وهي ألف ويرجع الجاني على المرتهن بقيمتها مقطوعة وذلك خمسمائة لأنها ماتت
في ضمان المرتهن فتكون مضمونة عليه لأن رهن المجني عليه يقطع حكم السراية ويرجع المرتهن على الراهن بما ضمن وهو خمسمائة
لأن الرهن انتقض في الأم بالهلاك ويرجع أيضا عليه بحصة الأم من الدين وذلك خمسمائة ويبقى للمرتهن على الراهن مائتان وخمسون
حصة الولد فإن مات الولد بطل الرهن فيه ورجع المرتهن بهذه المائتين وخمسين على الراهن لأن الدين كله عاد إلى الأم ذكر ابن سماعة
عن أبي يوسف رجل رهن رجلا كرا من شعير وغلاما وبرذونا كل واحد يساوي مائة بمائة درهم وقبض المرتهن فقصم الغلام
البرذون الشعير فإن ثلث كل واحد منهم رهن بثلث المائة لأن المائة مقسومة على ثلاثة وقيمتها مستوية فيصيب كل واحد ثلثه
والثلثان للراهن فجناية ثلث العبد على الثلث من الرهن هدر لأن جناية الرهن على الرهن مهدرة وجناية ثلثي العبد معتبرة
فتكون في عنق العبد لأن جناية عبد الراهن على حق المرتهن فتكون مضمونة عليه فبقي البرذون ثلاثة أتساع المائة
وسقط تسعه وهي ثلثها وفي العبد ثلاثة أتساع المائة وهي تناول الشعير لأنه ثلاثة أتساع المائة وهي ثلثها فجناية العبد على تسع واحد
هدر لأنه جناية الرهن على الرهن فيلزم النقصان لأن جناية ثلثيه جناية غير الرهن على الرهن فيكون ما بقي ثلاثة أتساع المائة
وسقط تسعه ولو كان البرذون ضرب الغلام ففقأ عينه يذهب نصف ثلث الدين وهو تسع ونصف ثم أقصم الغلام البرذون الشعير
فيلزمه أيضا من جنايته في الشعير تسعان فيكون في العبد ثلاثة أتساع ونصف وفي البرذون ثلاثة أتساع فيكون جملته ستة أتساع
* وفي الجامع مسائل على أصول مختلفة أحدها في هلاك المرهون بسراية الجناية الواقعة في يد الراهن والثاني في الجناية على المرهونة
وولدها والثالث في اعورار المرهونة وفي رهن العوراء ثم انجلاء البياض أصلها أن رهن المجني عليه يقطع حكم السراية ويبرئ الجاني
عن ضمانها كالبيع لأنه تعذر إيجاب ضمان السراية على البائع لأن السراية حصلت في ملك المشتري وتعذر إيجابه على المشتري
في الأشياء فتصير الجناية مخالفة للجناية والنهاية مباينة عن البداية وذلك لا يجوز والرهن كالبيع لأن المرتهن ملك المرهون
عند الهلاك بالدين فيتبدل الملك عند الهلاك فالبراءة عن ضمان السراية إنما تحصل عند الهلاك لا قبله حتى إن الراهن لو افتك
الرهن قبل السراية ثم سرى ضمن الجاني جميع بدل الرهن لا بدل الطرف قطع يد جارية قيمتها خمسمائة وغرم القاطع لنفسه

خمسمائة للراهن حالا ولا يغرم بالسراية لان الجاني بالرهن برئ عن ضمان السراية لانها حصلت في ملك المرتهن فيبقى عليه ارش اليد
ويجب في ماله حالا كضمان اتلاف المال لان أطراف العبد ملحقة بالاموال فاتلافها يوجب ضمان المال والمرتهن بالهلاك يصير
مستوفيا الدين بقدر خمسمائة فيسقط ذلك ولو مات بعد ما ولدت ولدا يساوي خمسمائة فولدها رهن بمائتين وخمسين فيدفع
الى المرتهن فيكون رهنا في يده لان الدين انقسم على الام والولد نصفين لاستواء قيمتهما الحال وبقيت قيمة الولد خمسمائة الى
وقت الفكاك فيتحول نصف الدين اليه وذهب نصفه بذهاب الام فاذا ماتت الام بعد ما تحول نصف الدين الى الولد ظهر ان الذي
كان في نصف الجارية قضاء واقتضاء وايفاء واستيفاء وفي نصفها عقد وديعة وأمانة لانه ظهر ان نصفها كان مضمونا ونصفها
أمانة وعقد الرهن يوجب البراءة عن ضمان السراية وعقد الامانة يوجب على القاطع ضمان نصف السراية وذلك خمسمائة وضمان
نصف الجناية وهي القطع وذلك مائتان وخمسون فيكون جملته سبعمائة وخمسين وروى عن محمد رحمه الله تعالى ان خمسمائة
من ذلك على عاقلة الجاني مؤجلا في ثلاث سنين ومائتين وخمسين تجب في ماله لان خمسمائة ضمان نصف النفس لانه لم يظهر نصف
السراية وضمان النفس تجب على العاقلة مؤجلا ومائتان وخمسون ضمان المال وضمان المال يجب في ماله حالا ولا يدفع مائتين
وخمسين الى المرتهن لان هذا بدل نصف نفس الجارية ونصفها كان محبوسا في يد المرتهن وان كان أمانة وكذلك بدلها يدفع اليه
حتى يكون محبوسا عنده مع الولد فان هلك المائتان والخمسون في يد المرتهن هلكت بغير شئ لانها كانت بدلا كما كانت أمانة
في يده وللبدل حكم المبدل فيهلك أمانة فان هلك الولد بعد ذلك يرد المرتهن المائتين والخمسين على الراهن والراهن على القاطع
لان الولد لما هلك قبل الفكاك تبين انا أخطأنا في القسمة حين قسمنا الدين عليهما نصفين لانه ظهر ان الدين كله كان بازاء الام
حين لم يبق وقت الفكاك فقد هلكت الام بجميع الدين وظهر ان المرتهن قبض مائتين وخمسين من الرهن بغير حق وظهر ان
القاطع كان بريئا عن السراية كلها وانما كان عليه ارش اليد خمسمائة لا غير وقد أخذ منه الراهن مائتين وخمسين بغير حق فيرد
ذلك عليه أصلا اذا الدين متى قسم على الام والولد الحال ينظر ان بقيت قيمته غير منتقصة الى وقت الفكاك لا تعاد القسمة يوم
الفكاك وان انتقصت قيمته تعاد القسمة لانه ظهر الخطأ في القسمة لانه وجب تقسيم الدين على قيمة الولد يوم الفكاك لان الام
تعتبر يوم الرهن وقيمة الولد تعتبر يوم الفكاك لما بينا ثم المسائل على أربعة أقسام الاول رهن جارية بالف تساوي ألفا فولدت ولدا
يساوي خمسمائة فقتلها عبد يساوي ألفا ثم ذهب عينه يفتكه الراهن باربعة اتساع الالف لان العبد دفع بازاء الام والولد جميعا
فيقسم العبد المدفوع عليهما باعتبار قيمتهما أثلاثا لان قيمة الام ضعف قيمة الولد فاذا ذهب عين العبد فقد ذهب نصف بدل الولد
ولا يذهب من الدين شئ الثانية رهن جارية بالف تساوي ألفا فولدت ولدا قيمته ألف فقتلت الام جارية قيمتها مائة فدفعت
فولدت المدفوعة ولدا يساوي ألفا ثم اعورت الام ذهب من الدين جزء من أربعة وأربعين جزءا وروى عن أبي يوسف رحمه الله تعالى
يذهب سدس الدين ويفتكه بخمسة أسداس ووجه ظاهر الرواية ان قيمة المدفوعة انما تعتبر يوم الدفع لانها انما دخلت في ضمانه
بالدفع وقيمتها يوم الدفع مائة وقد اندفع الدين الى المقتولة وولدها لاستواء قيمتهما فتحول نصف ما في المقتولة من الدين الى ولدها
وبقي نصف الدين فيها ثم المدفوعة لما قامت مقام المرهونة تحول ما في المرهونة من الدين وهو خمسمائة على أحد عشر جزءا لان قيمة
المدفوعة مائة يوم الدفع وقيمة ولدها ألف يوم الفكاك فصار كل مائة سهما فصار الدين مقسوما على احد عشر فصار بازاء المدفوعة
سهم فاذا اعورت ذهب نصفها فذهب نصف ما بازائها من الدين وذلك نصف سهم فانكسر الحساب فاضرب اثنين في أصل نصف
الفريضة وذلك أحد عشر فصار اثنين وعشرين بازاء الولد عشرون جزءا وبازاء الام جزآن فاذا صار نصف الدين اثنين وعشرين
صار النصف الآخر كذلك فصار الكل اربعة وأربعين جزءا اثنان وعشرون بازاء ولد المرهونة وعشرون بازاء ولد المدفوعة وسهمان
بازاء المدفوعة وسقط سهم بذهاب نصفها بالعور فيبقى ثلاثة وأربعون جزءا فيفتكه بذلك ولو لم تعور الام القاتلة حتى قتلهم جميعا عبد
قيمته ألف فدفع بهم ثم اعور العبد فالراهن يفتكه بخمسة أسهم من ستة وعشرين ما يخص القاتلة سهم ونصف عشر وما يخص ولدها
خمسة لان العبد المدفوع قام مقامهم وصاروا كانهم احياء معنى ولم ينتقص من قيمتهم شئ وان انتقص سعرهم لان العبد صار
مدفوعا الى درهم ومائة لانه دفع بهم وقيمتهم ألفان ومائة فانقسم العبد على الالفين ومائة على احد وعشرين سهما كل مائة سهم
من ذلك بازاء القاتلة وعشرة بازاء ولدها وعشرة بازاء ولد المقتولة فلما ذهب عين العبد فقد ذهب من الدين نصفه فذهب نصف بدل

كل واحد منهما خمسة أسهم وظهر أنا أخطأنا في القسمة لأنه لم يبق قيمة الولد المقتول الى يوم الفكاك انتقض حصته فنستأنف القسمة
فيقسم الدين على قيمة المقتول يوم الرهن وعلى الباقي من قيمة ولدها يوم الفكاك وذلك خمسة فيقسم الدين على ستة وعشرين
سهما لأن كل ألف صار على أحد وعشرين جزأ لما صار العبد على أحد وعشرين جزأ وقيمة المقتول ألف فيجعل أحدا وعشرين
وقيمة ولدها خمسة فيصير ستة وعشرين أحد وعشرون بازاء المقتولة وخمسة بازاء ولدها فتحول ما بازاء المقتولة الى القاتلة لأنها قامت
مقامها ثم المحول الى القاتلة انقسم عليها وعلى ولدها على تسعة أسهم وعشر سهم لأن قيمة القاتلة يوم الدفع مائة ومائة مثل عشر قيمة
المقتول وذلك سهمان وعشر سهم لأن قيمة المقتولة صارت على أحد وعشرين جزأ فتكون مائة من ذلك سهمان وعشر سهم وما بقي
من قيمة ولدها خمسة أسهم فتصير جملته سبعة أسهم وعشر سهم سهمان وعشر حصة القاتلة وخمسة أسهم بدل ولدها فاذا ذهب عين
العبد ذهب نصف حصتها وذلك سهم ونصف وعشر سهم من أحد وعشرين فيبقى عشرون غير نصف عشر سهم فيفتكه الراهن
بهذا والثالثة جارية مرهونة بألف وهي قيمتها قطعت يدها جارية قيمتها خمسمائة فدفعت بها ثم ولدت كل واحدة ولدا يساوي خمسمائة
فقتلهم جميعا عبد ودفع بهم فذهب عينه افتكه بسبعة وعشرين من خمسة وأربعين من الدين وان شئت قلت يفتكه بثلاثة
أخماس الدين وتخريجه أن القاطعة لما دفعت قامت مقام يد المقطوعة وكان في يد المقطوعة قبل القطع نصف الدين لأن اليد من
الآدمي نصفه فيتحول نصف الدين الى القاطعة وان كانت قيمة القاطعة عن خمسمائة لأنها قامت مقام اليد المقطوعة وصار كأن يد
المقطوعة قائمة الا أنه تراجع سعرها وبقي في المقطوعة بعدها نصف الدين فلما ولدت كل واحدة من الجاريتين ولدا يساوي خمسمائة
انقسم في كل واحدة منهما من الدين عليها وعلى ولدها نصفين لاستواء قيمتهما فصار في كل واحد منهم ربع الدين وذلك مائتان
وخمسون فلما قتلهم جميعا عبد يساوي ألفا ودفع بهم قام ربع كل واحد من العبد مقام كل واحد منهم لأن قيمتهم متساوية لأن قيمة
كل واحد منهم يوم دفع العبد خمسمائة فصار كأن الأربعة كلهم أحياء ولم ينتقص منهم شيء بدنا وانتقص سعرا فلما ذهب عين العبد
فقد ذهب من بدل كل واحد منهم نصفه الا أنه لا يذهب بذهاب نصف بدل كل واحدة من الجاريتين نصف ما بازائها من الدين فظهر
أنا أخطأنا في القسمة لأنه ظهر أنه لم يبق قيمة ولد كل واحدة منهما خمسمائة الى وقت الفكاك بل بقي قدر مائة وخمسة وعشرين لما
ذهب من بدل كل واحد من الولدين نصفه وبقي نصفه وهو مائة وخمسة وعشرون فنستأنف القسمة فيقسم جميع الدين على قيمة
الجارية المقطوعة يوم الرهن وذلك ألف وعلى قيمة ولدها يوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرون فيجعل أقل المالين وهو خمسة
وعشرون سهما فصارت قيمة الجارية ثمانية أسهم وقيمة ولدها سهم فصارت تسعة فيجعل الدين على تسعة أسهم فيصير بازاء الولد
سهم بازاء الأم وهي ثمانية أتساع الدين ثم تقسم ثمانية أتساع الدين على المقطوعة والقاطعة نصفين ثم يقسم نصف القاطعة وذلك
أربعة أتساع الدين على قيمتها وهي خمسمائة يوم الرهن وعلى قيمة بدل ولدها يوم الفكاك وذلك مائة وخمسة وعشرون سهما وقسمة
أربعة على خمسة لا يستقيم فاضرب أصل فريضة المقطوعة وولدها وذلك تسعة في خمسة فيصير خمسة وأربعين للمقطوعة أربعون
ولولدها خمسة ثم تحول نصف أربعين الى القاطعة وهو عشرون ثم تقسم عشرون على القاطعة وولدها على خمسة أسهم بازاء ولدها
وذلك أربعة وأربعة أخماسه بازاء القاطعة وذلك ستة عشر فاذا ذهب عين العبد فقد ذهب من كل واحد منهما نصفه وكان بازاء
المقطوعة عشرون سهما من الدين فسقط عشرة وكان بازاء القاطعة ستة عشر فسقط ثمانية وكان الساقط من الدين ثمانية عشر
والباقي سبعة وعشرون فيفتك العبد بذلك وثمانية عشر خمسا جميع الدين كل خمس تسعة من خمسة وأربعين وسبعة وعشرون
ثلاثة أخماس والرابعة جارية مرهونة بألف هي قيمتها ولدت ولدا يساوي ألفا ثم قتلت الأم جارية تساوي مائة فدفعت ثم ولدت
المدفوعة ولدا يساوي ألفا ثم قتلت المدفوعة جارية قيمتها ألف فدفعت بهم فولدت ولدا يساوي ألفا ثم ماتت الأم قسم الدين على
أحد وثلاثين فما أصاب عشرة فهو حصة الولد الأول من الولد الذي يؤديه الراهن وما أصاب أحدا وعشرين قسم على اثني عشر
وعشر سهم فما أصاب عشرة فهو حصة الولد الثاني يؤديه الراهن وما أصاب سهما وعشرا بطل عن الراهن نصفه وأدى نصفه
وتخريجه أن الدين يقسم على المقتولة الأولى وولدها نصفين لاستواء قيمتهما وعلى ولدها أحد عشر لأن قيمة القاتلة مائة وقيمة
ولدها ألف كل مائة سهم واذا صار نصف دين القاتلة على أحد عشر صار نصف دين ولد المقتولة كذلك فصار كل الدين اثنين وعشرين
سهما ثم القاتلة الثانية لما قتلت القاتلة الأولى وولدها بهم فقد قامت مقامهم وقيمتهم ألفان ومائة قيمة كل واحد ألف وقيمة القاتلة الأولى

مائة فجعلنا كل مائة سهما فصارت احدى وعشرين سهما فصارت الثانية احدى وعشرين سهما بدل كل الولدين عشرة أسهم وبدل الأم سهم ثم نجعل ولد القاتلة الثانية على احد وعشرين سهما لاستواء قيمتهما لأن ولدها متولد عن بدل الأشخاص الثلاثة والمتفرع والمتولد عن ملك انسان يكون ملكه فصار بدل كل واحد من الولدين عشرين جزأ وعشرة من القاتلة الاخيرة وعشرة من ولدها وبدل أمها سهمان فاذا ماتت القاتلة الثانية فقد ذهب نصف بدلهم فاذا ذهب نصف بدل الولدين ظهر أن الخطأ في القسمة فتستأنف القسمة فيقسم الدين مستأنفا على قيمة المقتولة الاولى وعلى ألف يوم الرهن صارت منقسمة على احد وعشرين سهما وعلى قيمة ما بقي من بدل ولدها يوم الفكاك وذلك عشرة فيكون مبلغ جميعه احدا وثلاثين سهما عشرة حصة الولد واحد وعشرون حصة الأم ثم نقسم حصة المقتولة الاولى على قيمة القاتلة الأولى وعلى قيمة ولدها على اثنى عشر سهما وعشر سهم قيمة القاتلة الأولى مائة وقيمة المقتولة الاولى صارت على احد وعشرين سهما فعشرها يكون سهمان وعشر سهم وبدل ولدها من القاتلة الاخيرة عشرة أسهم من احد وعشرين سهما فلذا يقسم دين القاتلة الاولى عليها وعلى ولدها على اثنى عشر سهما وعشر سهمان وعشر حصة القاتلة وعشرة أسهم حصة ولدها ثم نقسم حصة القاتلة الأولى وهي سهمان وعشر سهم على بدلها وهو جزآن أحدهما في القاتلة الاخيرة وعلى ولدها على السواء واذا كانت جارية باحدى عينيها بياض مرهونة بألف وهي قيمتها فذهب العين الاخرى وصارت تساوي مائتين ذهب من الدين أربعة أخماسه فان ذهب البياض عن العين الأولى لم يعد شيء من الدين لانها زيادة متصلة حدثت بعد الرهن فلا تكون مضمونة فان ضرب رجل هذه العين فصارت بيضاء غرم ثمانمائة ويملك الراهن الجارية بالارش بخمسة اتساع الدين فان عميت الجارية بعد ذلك بان ذهبت العين التي كانت صحيحة بعد الرهن فالعمى يوجب نقصان ثمانمائة من قيمتها وقد ذهب عن أربعة أخماسها فذهب أربعة أخماس الدين ويبقى خمسه ويبقى أخماسه الارش أربعة أخماس الدين كذلك الباقي من الدين خمسة أسهم من تسعة فيفتك الرهن بخمسة اتساع رجل رهن جارية باحدى عينيها بياض قيمتها ألف بألف فذهب البياض وصارت قيمتها ألفين ثم ابيضت الصحيحة وعادت قيمتها الى ألف فعند أبي يوسف ينظر الى ما كان ينقص هذا البياض لو كان البياض على حاله فان نقص أربعة أخماس القيمة بطل أربعة أخماس الدين وبيان تعليل كل المسائل ينظر في المبسوط قال رحمه الله (فان قتله عبد قيمته مائة فدفع به افتكه بكل الدين) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء دفع العبد المدفوع الى المرتهن بدينه ولا شيء عليه غيره وقال زفر يصير رهنا بمائة وسقط من الدين بقدر العاية فلما ان العبد الثاني قام مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا ينقص الدين وهي على الخلاف ولمحمد أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع والمغصوب اذا كان قيمة كل واحد منهما ألفا وقتل كل واحد منهما عبد قيمته مائة فان كل واحد من المشتري والمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ القاتل ولا شيء له غيره وان شاء فسخ المشتري البيع ورجع المغصوب منه بقيمة العبد ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما ولا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبدا يساوي مائة فدفع به قال رحمه الله (وان مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لأن الوصي قائم مقام الموصي وكان له أن يبيع الرهن فكذا الوصي قال رحمه الله (فان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وأمره ببيعه) وفعل ذلك الى القاضي لأن القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لأنفسهم وقد تعين النظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي حقوقه من غيره ولو كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه لأنه ايثار لبعض الغرماء بالايفاء الحكمي فأشبه الايثار بالايفاء الحقيقي والجامع ان كل واحد منهما ابطال حق غيره من الغرماء ألا ترى أن الميت نفسه لا يملك ذلك في مرض موته فكذا من قام مقامه وان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز لزوال المانع ووصول حقهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويبيع في دينه لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لأنه استيفاء فيملكه وله أن يبيعه والله أعلم

(فصل) هذا الفصل عن المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب ولذا أخره استدراكا لما فاته فيما سبق قال رحمه الله (رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوي عشرة فهو رهن بعشرة) يعني اذا رهن عند مسلم عصيرا الى آخره

فلو أماكان محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء كما أن ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون محلا للرهن ابتداء والخمر محل للبيع بقاء وإن لم يكن محلا له ابتداء أقول لقائل أن يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا المدرك من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا في وضع مسئلة بل كان يكفي أن يقال ومن رهن عصيرا بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكنما أبه التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب العناية ولقائل أن يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل وقال ويمكن أن يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا تبدل المحل حكما بتبدل الوصف فكذلك تخلف عن ذلك الاصل اه أقول قوله ثم تخلل وهي تساوي عشرة يشير الى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل أو موزون وفيها نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من ذلك الدين كما مر في انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ما ذكرنا لان العناية فيه مجرد الوصل وفوات كل شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين باجماع بين أصحابنا ويكون الحكم فيه انه ان نقص شيء من القدر سقط بقدر شيء من الدين والافلا وأشار بقوله ثم تخلل الى ان المرهون عنده مسلم والراهن ولو كان ذميا قال في المبسوط رهن ذمي من ذمي خمرا فصارت خلا لا ينقص من قيمته بقدره وبقي رهنا لان بالتغير من وصف المرارة الى الحموضة تثبت المالية عندهم ومتقومها مع بقاء العين على حالها وبتبدل الصفة لا يبطل الرهن كما لو كان الرهن قلبا فانكسر ونقص الوزن على حاله ثم عندهما يتخير الراهن ان شاء افتكه بجميع الدين وأخذه وان شاء ضمنه خمرا مثل خمره فيصير الخل ملكا للمرتهن وعند محمد رحمه الله تعالى ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين كما في مسئلة القلب اذا انكسر كما مر بيانه وقيد بقوله رهن مسلم عصيرا لان رهن الكافر الخمر عند مسلم أو رهن المسلم الخمر عند كافر باطل قال ارتهن المسلم من كافر خمرا فصارت خلا فالرهن باطل ويكون الخل أمانة في يد المرتهن وهو بالخيار ان شاء أخذه وقضاه دينه وان شاء يدع الخل بدينه ان كانت قيمة الخل يوم الرهن كالدين لان المسلم يجوز أن يضمن الخمر بالرهن لانه سبب ضمان والمضمون متى اصيب في يد الضمين يخير من له الضمان كما لو غصب المسلم خمرا من ذمي فصارت خلا في يده بخير الذمي لان الخمر عند أهل الذمة يصلح لمنافع ما لا يصلح له الخل ولا وجه فصار الخمر كالهالك من وجه وليس له أن يضمن المرتهن خمرا مثل خمره لان المسلم منهي عن تمليك الخمر ولا وجه أن يترك الخل عليه ويضمن النقصان لانه يؤدي الى الربا ولا وجه أن يأخذ الخل ويضمن الدين كله لانه يتضرر به فقلنا بانه يجعله بالدين ليدفع الضرر عنه وليس فيه ضرر على المرتهن فكذا هذا فاذا وجبت قيمة الخمر للراهن على المرتهن فله عليه مثل ذلك فيلتقيان قصاصا ولو ارتهن الكافر خمرا من مسلم لا يجوز ويكون أمانة في يد المرتهن لان الخمر لا يصير مضمونا على الكافر للمسلم وان قبضها بجهة الضمان كما في الغصب والاتلاف ارتهن مسلم من مسلم عصيرا فصار خمرا فالمرتهن يخللها وتكون رهنا ويبطل من الدين بحساب ما نقص ان كان من المكيل والموزون بقدر الزيد لان من التخليل احياء حق المرتهن واصلاح الفاسد فله ذلك وفي ابقاء العقد بعد التخمير فائدة لجواز التخليل فيبقى كالعصير اذا تخمر قبل القبض يبقى البيع فكذا هذا والدين يسقط بانتقاص الرهن لانه احتبس عنده بعض الرهن ولا ينقص بانتقاص القيمة كما في تغير السعر وقيد بما ذكر العصير في المسلم قال وان كان الراهن كافرا أخذ الخمر والدين عليه وليس للمرتهن أن يخللها فان خللها ضمن قيمتها يوم خلل ورجع بدينه بخلاف ما لو كان الراهن مسلما خللها لم يضمن والفرق ان هناك لا ضرر على الراهن في ابقاء عقد الرهن الى ما بعد التخمير بل له فيه منفعة لان مآله يصير متقوما بالتخليل ولم يصر المرتهن متلفا لماله بل اصرار بالراهن لان لأهل الذمة رغائب في الخمر ما ليس مثلها في العصير وهو لم يرض تكون الخمر رهنا ولو بقينا عقد الرهن بعد تغيير ملكه في حقه يؤدي الى الضرر به لان الخمر بالعصير حسبان محلهما في حق أهل الذمة وهو لم يعقد الرهن على الخمر وانما عقد على العصير ولا يبقى العقد فيكون للراهن أخذ الخمر من المرتهن فان خللها يضمن قيمتها لانه أتلف الخمر بالتخليل على الذمي لما بينا والله أعلم رهن ذمي من ذمي جلد ميتة فدبغه المرتهن لم يكن رهنا وأخذه الراهن وأعطاه أجرة الدباغة ان كان له قيمة لان جلد الميتة ليس بمال عند أحد ولم ينعقد العقد لفوات المحل فلا يعود جائزا بحدوث الحلية من بعد كما لو رهن من مسلم خمرا فصارت خلا فاذا دبغه فشيء له قيمة بقي أثره في الجلد فيكون له على صاحب الجلد قيمة ما زاد الدباغ فيه كمن صبغ ثوب انسان بصبغه فصاحب الثوب يأخذه بقيمة ما زاد الصبغ فيه فكذا هذا رهن ذمي من ذمي خمرا ثم أسلم بقي رهنا أي لم يبق مضمونا فان خللها او تخللت فهي رهن لان الخمر لا تصلح أن تكون مضمونة للمسلم وهم رواه فادار العارض بان صارت

فلا يكون رهنا على حاله لأن في إبقاء الرهن فائدة وهي أن يكون للمرتهن ولاية الحبس للتحصيل قال رحمه الله ﴿ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي درهما فهو رهن بدرهم﴾ لأن الرهن يتقرر بالهلاك فإذا أحيا بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره لأن البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض ودبغ جلده حيث لا يعود صحيحا وأما الرهن فيتقرر بالهلاك ومن المشايخ من يقول يعود البيع وقوله وهو يساوي درهما ظاهره أنه يعتبر في القيمة حال الدباغ وكذا قوله فهو رهن بدرهم قالوا هذا إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وإن كانت قيمته يوم الرهن درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين ويعرف ذلك بالتقويم وإن تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد هذا إذا كانت الشاة كلها مضمونة وإن كان بعضها أمانة بأن كانت قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد أيضا بعضه أمانة بحسابه فيكون رهنا بحصته من الدين قالوا هذا إذا دبغه المرتهن بشيء لا قيمة له وإن دبغه بشيء له قيمة كان للمرتهن حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كالغصب جلد ميتة ودبغه بشيء له قيمة ثم قيل يبطل الرهن فيه حتى إذا أدى الراهن ما زاد الدباغ فيه أخذه وليس له أن يحبسه بالدين لأنه لما حبسه بالدين الثاني صار به محبوسا حكما خرج من أن يكون رهنا الأول حكما كما إذا رهنه حقيقة بأن رهن الرهن بدين آخر غيرهما كان محبوسا به فإنه يخرج من الأول ويكون رهنا بالثاني فكذا هذا وقيل لا يبطل لأن الشيء إنما يبطل بما هو فوقه أو مثله ولا يبطل بما هو دونه كالمبيع بألف إذا باعه ثانيا منه بأقل أو بأكثر يبطل لأنه مثله ولا يبطل بالإجارة والرهن لأن الثاني دون الأول لأنه إنما يستحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد بحكم الدباغ وتلك المالية تبع للجلد لأنها وصف له والوصف دائما تبع الأصل فالرهن الأول رهن بما هو أصل بنفسه وليس بتبع لغيره وهو الدين فيكون أقوى من الثاني فلم يرفع الأول بالثاني قال في المبسوط وإن كانت قيمتها أكثر من الدين بأن كانت عشرين والدين عشرة بطل إن كان الجلد يساوي درهما والباقي تسعة عشر فالجلد رهن بنصف درهم وإن كانت قيمتها أقل من الدين بأن كانت تساوي خمسة والجلد درهما واللحم أربعة سقط من الدين أربعة وبقي الجلد رهنا بستة لأن بالهلاك سقط خمسة من الدين مقدار قيمة الرهن وبقي الدين خمسة فإذا دبغ الجلد فقد أحيا خمس الرهن فعاد خمس الدين الذي كان بإزائه وهو درهم وسقط أربعة التي بإزاء اللحم لأنه لم يزل التوى عن اللحم وكان الباقي من الدين ستة فصار الجلد مرهونا بستة مضمونا بدرهم لأن كل جزء من أجزاء الشاة مرهون بجميع الدين مضمون بمقدار قيمته وكذا الجلد هذا إذا دبغ بشيء لا قيمة له فإن دبغ بشيء له قيمة فإنه يستحق المرتهن الحبس بما زاد الدباغ فيه كالغصب فإذا استحق الحبس بدين آخر حادث هل يبطل الرهن الأول قال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالى لسائل أن يقول يبطل الرهن الأول في حق الجلد ويصير الجلد رهنا بما زاد الدباغ فيه كما لو رهن الراهن هذه العين بدين حادث ولقائل أن يقول يبقى الرهن الأول ويصير محبوسا بقيمة الدباغ حتى لا يكون للراهن أن يفتكه ما لم يرد ما بإزائه من الدين وقيمة الدباغ قال في المنتقى روى هشام عن محمد رهن أجنبي بدين آخر وهو ألف عبدا يعير أمر المطلوب ثم أجنبي آخر رهنه عبدا آخر بغير أمر المطلوب فهو جائز والأول رهن بألف والثاني رهن بخمسمائة لأن الأول بيع بالرهن ولا رهن بالدين فيكون رهنا بجميع الدين والثاني رهن وبالدين رهن فلا يصير رهنا إلا بخمسمائة وذكر الحسن عن أبي حنيفة إذا أبق العبد الرهن ثم وجد بطل من الدين بقدر نقصان الآبق لأنه بالإباق صار معيبا فإنه لا يشترى بعد الإباق بمثل ما يشترى قبله قال رحمه الله ﴿ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف للراهن﴾ لأنه متولد من ملكه قال رحمه الله ﴿وهو رهن مع الأصل﴾ وهو تبع له والرهن حق متأكد لازم يسري إلى الولد ألا ترى أن الراهن لا يملك إبطاله بخلاف ولد الجارية حيث لا يسري حكم الجناية إلى الولد ولا يتبع أمه فيه لأنه فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء بخلاف ولد المستأجرة والمكفولة والمغصوبة وولد الموصى بخدمتها لأن المستأجر حقه في المنفعة دون العين وفي الكفالة الحق يثبت في الذمة والولد لا يتولد من الذمة وفي الغصب إثبات اليد العادية بإزالة اليد المحقة وهو معدوم في الولد ولا يمكن إثباته فيه تبعا لأنه فعل حسي والتبعية لا تجري في الأوصاف الشرعية وفي الجارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة وهي منفعة الأم والولد غير صالح لها قبل الانفصال فلا يكون تبعا وبعده لا ينقلب موجبا أيضا لأن العقد غير موجب قال رحمه الله ﴿ويهلك مجانا﴾ أي إذا هلك النماء يهلك مجانا بغير شيء لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا قال رحمه الله ﴿وإن هلك الأصل وبقي النماء فكه بحصته﴾ يعني إذا هلك

الاصل وهو الرهن وبقي النماء وهو الولد يفتك الولد بحصته من الدين لانه صار مقصودا بالفكاك والنماء اذا صار مقصودا بالفكاك
يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن ثم اذا صار مقصودا بالقبض صار له حصة حتى لو هلكت الام قبل القبض وبقي الولد
كان للمشتري ان يأخذه بحصته من الثمن ولو هلك قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن قال رحمه الله ﴿ ويقسم الدين على قيمته يوم
الفكاك وقيمة الاصل يوم القبض ويسقط من الدين حصة الاصل وفك النماء بحصته ﴾ لان الولد صار له حصة بالفكاك والام
دخلت في الضمان من وقت القبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما في وقت اعتباره ولهذا لو هلك الولد بعد هلاك أمه قبل الفكاك
هلك بغير شيء فيعلم بذلك انه لا يقابله شيء من الدين الا عند الفكاك ولو أذن الراهن للمرتهن في أكل زوائد الرهن بان قال مهما زاد
فكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الرهن لانه أتلفه باذن الراهن وهذه اباحة والاطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر بخلاف
التمليك وان لم يفتك الرهن حتى هلك في يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التي أكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما أصاب
الاصل سقط وما أصاب الزيادة أخذه المرتهن من الراهن لان الزيادة تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن بتسليط منه فصار كان
الراهن أخذه وأتلفه ويكون مضمونا عليه فكان له الدين هكذا ذكر في الهداية والكافي وفي فتاوى قاضيخان والمحيط وعزاه
الى الجامع ولو نقصت قيمة الام بتغير السعر فصارت تساوي خمسمائة أو زادت فصارت تساوي ألفين والولد على حاله يساوي ألفا
فالدين بينهما نصفان ولا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها وانتقصت قيمة الولد بعيب دخله أو بتغير السعر فصارت خمسمائة
فالدين بينهما أثلاثا ثلثان في الام والثلث في الولد ولو زادت قيمة الولد فصار يساوي ألفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الام
حتى لو هلكت الام بقي الولد بثلثي الدين ولو ولدت الام ولدا وقيمتهما سواء ثم اعورت الام بعد الولادة أو قبلها ذهب من الدين
ربعه وهو مائتان وخمسون لان الدين ينقسم عليهما نصفين فيذهب نصف ما كان فيها من الدين وفي المنتقى رهن أرضا ونخلا
بدين قيمة كل واحد خمسمائة فاحترق النخل ونبت في الارض نخل آخر يساوي خمسمائة قال يذهب من الدين نصفه باحتراق
النخل وما نبت فهو زيادة في الارض بمنزلة رجل رهن أمتين فماتت احداهما ثم ولدت الباقية جارية بألف فقتلها أمة تساوي مائة
فدفعت بها ثم ولدت ولدا يساوي ألفا فالدين بينهما نصفان لان الامة الاولى على حالها والزيادة في الرهن حكمها حكم الاصل محبوسة
مضمونة كالاصل لانها تلحق باصل العقد وصارت كالموجودة في العقد كما في زوائد المبيع ويقسم الدين على قيمة الاصل يوم
القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت فان كانت قيمة الاصل وقيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة انقسم الدين عليهما أثلاثا لان
الضمان انما يجب بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما يوم القبض فان نقص الرهن في يده ثم زاد آخر قسم ما بقي من الدين على
قيمة الباقي وقيمة الزيادة يوم قبضت مثاله اذا رهن عبدا يساوي ألفا بألف فاعور ثم زاده عبدا آخر قسم ما بقي من الدين على قيمة
الباقي وهو العبد الاعور وعلى قيمة العبد الزائد أثلاثا ثلثه بازاء العبد القديم وثلثاه بازاء العبد الزائد بخلاف ما اذا ولدت الامة
المرهونة بعدما اعورت ولدا يساوي ألفا فانه يقسم الدين على قيمتها يوم القبض وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين ثم ما أصاب
الام سقط نصفه بالاعورار فبقي الام والولد بثلاثة أرباع الدين والفرق ان قيمة الولد تتفرع عنها فيسري اليه حكم الاصل تبعا كان
الولد متصلا بها فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض لان التحكم في الزيادة ثبت أصلا لا بطريق السراية والتبعية فيعتبر في
القسمة قدر الباقي من الدين وقت الزيادة وكذلك لو قضى الراهن المرتهن خمسمائة فتكون الزيادة رهنا بثلثي خمسمائة في النصف
الباقي من العبد القديم وفي المنتقى رجل رهن عند رجل دينارا بعشرة دراهم ثم زاده الراهن دينارا آخر وزاده المرتهن خمسة دراهم
على أن يكون الديناران رهنا بالخمسة عشر لانهما جعلاهما كذلك وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى الدينار الاول وثلثا الدينار
الثاني يكون رهنا بالعشرة الاولى ويكون ثلث الدينار الثاني رهنا بنصف الخمسة ويكون نصفه الثاني دينا عليه بلا رهن لان عنده
الزيادة في دين الرهن غير جائزة فتكون الزيادة في الدين ابتداء ايجاب الدين فلا يكون الدينار الاول رهنا بالخمسة الزائدة ويكون
قد جعلا الدينار الزائد رهنا بالعشرة الاولى والخمسة الزائدة فصار ثلثا الدينار الاول وثلث الدينار الثاني ولم يصح رهن ثلث الدينار
الاول بها فصح الرهن في نصفها وبطل في نصفها الزيادات أصله ان الدين يقسم على الامة المرهونة وولدها المولود في الرهن بشرط
بقاء الولد الى وقت الفكاك لان الولد وان صار مرهونا ولكن لا يسقط له من الدين شيء ما لم يصر مقصودا وانما يصير مقصودا وقت
الفكاك لانه يرد عليه القبض الذي له شبهة بالعقد ومسائله على فصول أحدها في الامة المرهونة اذا ولدت ثم زيد في الرهن

والثاني في احدى الامتين المرهونتين اذا ولدتا ثم زيد في الرهن والثالث في الجارية المرهونة اذا اعورت ثم زيد في الرهن ولو رهن جارية بألف تساوي ألفا فولدت ما يساوي ألفا ثم ماتت الامة فزاد الرهن ولدا يساوي ألفا افتكهما من المرتهن بنصف الدين لان الدين انقسم عليهما نصفين لاستوائهما في القيمة ثم حصة الام وهي خمسمائة فسقطت بهلاكها وصار الولد أصلا في الرهن بشرط بقائه الى وقت الفكاك فدخلت الزيادة عليه وانقسمت الخمسمائة الباقية على العبد الزائد والولد نصفين وان مات الولد استرد العبد بلا شيء لانه لما هلك الولد صار كأنه لم يكن أصلا فتبين انه لا قسط له من الدين لانه لم يبق الى وقت الفكاك فتبين ان كل الدين ساقط بهلاك الام وانه زاد العبد وليس هناك دين قائم فكانت الزيادة باطلة فكان له أن يسترده بغير شيء ولو لم يمت ولكنه زاد حتى صار يساوي ألفين يفتك الاول والعبد بثلثي الدين لان في انقسام الدين انما تعتبر قيمة الولد وقت الفكاك وقيمة الام وقت العقد ألف فانقسم الدين أثلاثا فسقط ثلثه بهلاك الام وبقي ثلثاه تبعا للولد ولو نقص فصار يساوي خمسمائة افتكه بثلث الدين لانه تبين انه سقط بهلاك الام ثلثا الدين لان الدين انقسم عليهما أثلاثا ثلثه بازاء الولد لان قيمته يوم الفكاك ثلث قيمة الام وقت العقد ولو مات الام وزاد العبد ففيه نصف الدين وفي الام وولدها نصفه لان الجارية لما كانت قائمة كان الولد تبعا لها في الرهن فلم يظهر نصف الاصل لا تعتبر التبع في الانقسام لان التبع يدخل مع الاصل في الانقسام فانقسم الدين على الجارية وعلى العبد الزائد نصفين بخلاف ما اذا ماتت الجارية ثم زيد الولد لان الولد صار أصلا في الرهن بفوات الاصل لان اتباع القائم للهالك لا يتصور ولا بد من أن يجعل أصلا فاعتبرناه في الانقسام أصلا فانقسم ما بقي من الدين على الولد والعبد الزيادة رهن جارية تساوي ألفا بألف فقضاه من الدين خمسمائة ثم زاده عبدا يساوي ألفا فالعبد رهن بثلثي الخمسمائة الباقية لان الزيادة في الرهن انما تصح في حق القائم من الدين دون الساقط لان الرهن استيفاء وايفاء الساقط والموفى لا يتصور والقائم من الدين خمسمائة فيقسم على قيمة العبد وعلى نصف قيمة الجارية لان نصفها بقي مشغولا بالخمسمائة المستوفاة مضمونا بها فان استيفاء الدين لا يخرج الرهن من أن يكون مضمونا حتى لو هلك الرهن في يد المرتهن يسترد الراهن المستوفى فانقسمت الخمسمائة الباقية أثلاثا ثلثاه في العبد الزيادة فان وجد المرتهن ما اقتضاه ستوقة والعبد والجارية رهن بألف لان الستوقة ليست من جنس حقه فقبضها لا يصير مقتضيا ومستوفيا فتبين أن جميع الدين كان قائما حين زاده العبد وان وجدها زيوفا ومستحقا فرده فالجارية رهن بألف والعبد رهن معها بخمسمائة وليس للراهن أخذ الجارية بخمسمائة حتى يؤدي الالف وان أدى خمسمائة فله أن يأخذ العبد لان الزيوف من جنس حقه الا أنه معيب ووجود العيب لا يبدل جنسه كما في الصرف والسلم فصار مقتضيا ومستوفيا الا مستبدلا فحين زاد العبد كان القائم من الدين خمسمائة فصار العبد زيادة فيه فانقسمت الخمسمائة عليها والرد بعيب الزيادة ينقض القبض من الاصل ولكن لم يتبين انه لم يكن قابضا ألا ترى أن عتق المكاتب لا يبطل برد المولى المال بعيب الزيافة فلهذا كان العبد زيادة في الخمسمائة خاصة رهن جاريتين بألف تساوي كل واحدة ألفا وزاده عبدا فولدت احداهما ولدا يساوي ألفا ثم ماتت الام ثم مات العبد يموت خمسمائة وخمسة وعشرون لان نصف الالف يسقط بهلاك احدى الجاريتين لان قيمتها ألف وذلك لان الالف انقسم عليها وعلى ولدها نصفين فسقط بهلاكها حصتها وهي خمسمائة وبقي الولد بخمسمائة وفي الجارية الباقية ألف والعبد الزائد يدخل ثلثاه مع الجارية الباقية وثلثه مع الولد لان الولد صار أصلا لفوات متبوعه فدخل في الخمسمائة التي في الولد فيقسم ذلك على قيمة الولد وهي ألف وعلى ثلث قيمة العبد وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فاجعل هذا القدر بينهما فتكون قيمة الولد ثلاثة أسهم وانقسمت الخمسمائة أرباعا ربعها في ثلث العبد الزائد وثلاثة أرباعها في الولد وأما الالف التي في الجارية الباقية انقسمت على قيمتها وهي ألف وعلى قيمة ثلثي العبد الزيادة وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان فاجعل التفاوت بين الاقل والاكثر بينهما وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فصار ثلثا العبد الزائد سهمين والجارية الباقية ثلاثة أسهم فيكون كله خمسة أسهم فانقسمت الالف عليهما أخماسا وذلك أربعمائة في ثلثي العبد الزائد وثلاثة أخماسه وذلك ستمائة في الجارية الباقية فصار جملة ما في العبد خمسمائة وخمسة وعشرون ولو لم يمت العبد ومات الولد فالعبد والامة الباقية بالالف لانه لما مات الولد صار كأنه لم يكن وتبين أنه سقط بموت أمه ما كان فيها وذلك ألف وبقي العبد الزائد مع الجارية الباقية رهنا بألف ولو لم يمت الولد وماتت الجارية الباقية تموت بستمائة لان قيمتها ستمائة وان مات العبد بعدها يموت بخمسمائة وخمسة وعشرين لان ذلك قيمته وان لم تمت الا الجارية الاولى وبلغت قيمة الولد

ألفين فاقسم جميعا بألفين وثلث ألف لانه يعتبر في الانقسام قيمة الولد يوم الفكاك ويبقى ألفان فاقسم ما كان في أمه على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الفكاك أثلاثا سقط بموت أمه ثلثاه وذلك ألف ربقي ألف وثلث ألف فصار الولد رهنا بما بقي فان مات العبد مات بثمانمائة وستة وتسعين وتسع لان العبد كان زيادة في القائم من الدين فدخل على الولد والجارية الباقية أخماسا خمساه مع الولد وقيمة ذلك أربعمائة وثلاثة أخماسه مع الجارية وقيمة ذلك ستمائة ثم انقسم ما في الولد وذلك ثلثا الالف على قيمة الولد وهي ألفان وعلى خمسي العبد الزائد وذلك أربعمائة فاجعل مقدار أربعمائة سهم فصار قيمة الولد خمسة أسهم فاقسم ذلك بينهما أسداسا سدسه وهو مائة وأحد عشر درهما وتسع في خمس العبد وخمسة أسداسه وذلك خمسمائة وخمسة وخمسون وخمسة أتساع حصة الولد وانقسم ما في الجارية الباقية على قيمتها وهي ألف وعلى قيمة ثلاثة أخماس العبد وذلك ستمائة فاجعل كل مائتين سهما فصارت الجارية الباقية خمسة أسهم وثلاثة أخماس العبد ثلاثة أسهم فصار كله ثمانية أسهم يكون لكل سهم مائة وخمسة وعشرون وتسع يكون أربعمائة وستة وثمانين وتسعا فان ماتت الجارية حصل في ثلاثة أخماس العبد ثلاثمائة وخمسة وسبعون اذا ضممته الى مائة واحدى وعشرين وتسع يكون أربعمائة وستة وثمانين وتسع فان ماتت الجارية والعبد بقي الولد بخمسمائة وخمسة وخمسين وخمسة اتساع لان ذلك حصته من الدينين وان ماتت الجارية مات بخمسمائة وستة وعشرين وفي المبسوط أصله أن الولد الحادث والمرهونة بعد العور يجعلان كالموجود قبل العور حتى يعود بسببه بعض ما كان ساقطا من الدين ومسائله على أنواع أحدها في الزيادة بعد العور والثاني في الزيادة بعد قضاء بعض المال الاول رهن جارية تساوي ألفا بألف فاعورت فزاد الراهن جارية تساوي خمسمائة فولدت الجارية العوراء ولدا يساوي ألفا ثم ماتت الجارية الزائدة بعتك الجارية العوراء وولدها بتسعة وثلاثين جزأ من ثمانين جزأ وتذهب الجارية الزائدة بأحد وعشرين من ثمانين لانه جعل هذا الولد الحادث بعد الاعورار كالحادث قبل الاعورار فانقسم جميع الدين عليهما نصفين فلما اعورت سقط بالاعورار نصف ما فيها وذلك مائتان وخمسون وبقي سبعمائة وخمسون وهذا معنى قوله يعود بعض ما سقط فلما زادت زيادة تساوي خمسمائة صارت هذه الزيادة في القائم من الدين فقسمت الجارية الزائدة أثلاثا ثلث صار مضموما الى نصف الولد وثلث صار مضموما الى العوراء ثم ما في نصف الولد وهو مائتان وخمسون انقسم على قيمة الولد وثلث الزائدة الوجه الثاني لو لم تعور الجارية وقضى الراهن خمسمائة ثم زاد جارية تساوي خمسمائة ثم ولدت الجارية الاولى ولدا يساوي ألفا فالجارية الزائدة رهن بمائتين وخمسين لا يزيد ولا ينقص سواء كانت ولدت بعد الزيادة أو قبلها والباقي من الدين وذلك خمسمائة يقسم على قيمة الجارية الزائدة وعلى نصف الجارية الاولى فانقسم عليهما نصفين وولدها تبع لها وبيان التعليل يؤخذ من المبسوط قال رحمه الله ﴿وتصح الزيادة في الرهن لا في الدين﴾ يعني لو زاد على الرهن رهنا آخر جاز استحسانا بخلاف زفر والزيادة في الدين لا تصح عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى تجوز الزيادة في الدين أيضا ويجوز أن يكون للمرتهن على الراهن دين آخر فيجعل الرهن رهنا بهما ولابي يوسف رحمه الله تعالى ان هذه الزيادة تصير بعض الرهن وهذا الزيادة وهو دين حادث مع بقاء القبض في الاصل وهذا تصرف في الرهن لا في الدين ولهما ولاية التصرف فيكون مشروعا لتصحيح التصرف فيهما ولهما ان الراهن تصرف في الرهن لا في الدين ولو صحت الزيادة في الدين تصير زيادة في الرهن تبعا فينقلب المتبوع تابعا وفيه تغيير المشروع وتبديل الموضوع وهو باطل وفي العناية لو قال زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت مع الام فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيها فلا يبطل الحكم بالزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وفي العناية أيضا ولو قال زدتك هذا رهنا مع الولد جاز العقد ويكون رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل في ضمانه بالقبض فان مات بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فيبطل الحكم في الزيادة اهـ والمراد بقوله ان الزيادة في الدين لا تصح ان رهنا لا يكون رهنا بالزيادة وأما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائزة اجماعا واذا صحت الزيادة في الرهن ثم قبضت قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الاول يوم قبضه وظاهر عبارة اطلاق المؤلف زيادة الدين شرط في مقابلتها رهنا أولا والمنقول التفصيل قال في المبسوط رهنه عبدا قيمته ألف بخمسمائة ثم زاده المرتهن

خمسمائة على ان زاد الراهن أمة العبد الرهن بالدين كله لأمة تصير رهنا مع العبد خمسمائة عندهما قال أبو يوسف هما رهن بالألف رهنه عبدا قيمته خمسمائة بخمسمائة من الدين والدين ألف ثم زاد أمة قيمتها ألف بالألف كله فولدت ولدا قيمته خمسمائة ثم مات العبد والامة بقي ولدها بثلث الخمسمائة التي كان العبد رهنا بها وثلث الخمسمائة الاخرى الدين ألف فرهنه أمة بخمسمائة منها قيمتها ألف ثم رهنه بالالف كله أمة تساوي خمسمائة فولدت كل واحدة ولدا قيمته مثل قيمة الام فالاولى وولدها ونصف الثانية ونصف ولدها رهن بخمسمائة والامة الثانية فمات الامة الزائدة ذهب ربع الخمسمائة الباقية وخمسون من الخمسمائة الاولى وبقي نصف ولدها رهنا بثلاثة أرباع الخمسمائة الباقية رجل له على آخر ألف فرهنه بخمسمائة منها أمة تساوي مائتين ثم زاده أمة تساوي ثمانمائة درهم فهما رهن بالمال كله فولدت كل واحدة ولدا قيمته مثل قيمة أمه ثم ماتت الاولى ذهب من الخمسمائة الاولى ثلثها ومن الخمسمائة الاخيرة خمسها وبيان الدليل والتعليل يطلب من المطولات قال رحمه الله ﴿ومن رهن عبدا بألف ودفع عبدا آخر رهنا مكان الاول وقيمة كل ألف فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن من الآخر أمين حتى يجعله مكان الاول﴾ لان الاول دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا برفعهما واذا دخل بقي الاول في ضمانه ولا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بأحدهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض فيه لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان وقيل لا يشترط لان الراهن تبرع وقبضه أمانة على ما عرف وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر وقد مر واذا اشترى بالدين عينا أو صالح من الدين على عين أو أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين وبطل الشراء والصلح واذا تصادقا على أن لا دين ثم هلك يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق فتكون الجهة باقية وفي الكافي ذكر شمس الأئمة في المبسوط اذا تصادقا على أن لا دين بقي ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا وظهوره يكفي لضمان الرهن وأما اذا تصادقا قبله يبقى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الرهن وذكر الاسبيجابي أنهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب أنه لا يهلك مضمونا رجل دفع مهر امرأة غيره تطوعا فطلقت المرأة قبل الوطء رجع المتطوع بنصف ما أدى وكذا لو اشترى عبدا وتطوع رجل بأداء ثمنه ثم رد العبد بعيب رجع المتطوع بما أدى عنهما فصار كأنهما ملكاه ثم أديا فاما اذا أوصى بأمرها رجع عليها بما أدى فلكان بالضمان وهما بملكاه فيبقى على ملك المتطوع والله تعالى أعلم

﴿كتاب الجنايات﴾

أورد الجنايات عقيب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس ألا ترى الى قوله تعالى ولكم في القصاص حياة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في أكثر الشروح قال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية لانها محظورة فانها عبارة عما ليس للانسان فعله اه أقول هذا ليس بشيء لان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو أحكام الجنايات دون أنفسها ولا شك ان أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة وأيضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيثية ثم ان الجناية في اللغة اسم لما تجنيه من شيء أي تكسبه وهي في الأصل مصدر جنى عليه شرا جناية وهو عام في كل ما يقبح ويسوء الا أنه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعا وجرحا هذا زبدة ما في الكتاب والشروح الكلام في الجناية من أوجه الاول في معرفة مشروعيتها والثاني في سبب وجوبها والثالث في تفسيرها لغة والرابع في تفسيرها عند الفقهاء والخامس في ركنها والسادس في شرطها والسابع في حكمها أما الاول فهو معرفة مشروعيتها لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود والقتل عدوان وسبب مشروعية القصاص رفع الفساد في الارض وأما معناها لغة فهي في اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر وما اكتسبه تسمية للمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا أنه خص بما يحرم من الفعل وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجرة وأما في الشرع فهو اسم لفعل محرم شرعا سواء كان في مال أو نفس لكنه في عرف الفقهاء يراد به عند اطلاقه اسم الجناية الواقعة في النفس والاطراف من

الآدمي والجناية الواقعة في المال تسمى غصبا والجناية الواقعة من المحرم أو في الحرم على الصيد جناية المحرم وأما ركنه فهو القتل
وهو فعل مضاف إلى العباد تزول به الحياة بمجرد العادة وأما شرطه فالمماثلة والمعادلة في الاستيفاء لأن المماثلة مشروطة في أجزية
السيآت وضمان العدوانات لقوله تعالى ومن جاء بالسيئة فلا يجزى إلا مثلها ولأن في إيجاب الناقص بخسا لحق المظلوم وفي إيجاب
الزيادة جورا على الظالم والبخس غير مشروع والحيف حرام فكان الإنصاف والانتصاف في إيجاب المماثلة إلا أنه سقط اعتبار
المماثلة في محال الأفعال في الأنفس في نوع ضرورة وهو أن قتل الواحد للجماعة في الاجتماع غالب وجودا ويظهر من الأفراد نادرا
ووقوع القتل الجماعة بالواحد ولو اعتبرنا المماثلة في محل الأفعال لأدى إلى فتح باب العدوان وسد باب القصاص وأية فائدة في شرع
القصاص فسقط اعتبار المماثلة في الأنفس للضرورة وبقيت المماثلة في الأطراف معتبرة فإن الاجتماع على إتلاف الطرف ليس
بغالب بل هو نادر وأما حكمه فهو وجوب القصاص والدية والإثم قال محمد رحمه الله تعالى القتل على خمسة أوجه عمد وخطأ وشبه عمد
فالعمد هو أن يتعمد ضربه بسلاح وما يجري مجراه مما له حد يقطع ويجرح لأن العمد والقصد مما لا يوقف عليه ولكن الضرب
بآلة جارحة قاتلة قاطعة دليل على القتل فيقام مقام العمد ثم آلة القتل على ضربين آلة السلاح وغير السلاح أما السلاح فكل آلة
جارحة كالسيف والسكين ونحوهما فيقتل به وهو عمد محض ولو قتله بحديد لا حد له بأن يضربه بعمود أو صنجة حديد
أو نحاس أو صفر فعلى رواية الطحاوي يكون عمدا محضا لأن الحديد وإن لم يجرح يكون عمدا لقوله عليه الصلاة والسلام لا قود إلا من
حديد والحديد أصل في القتل به وإنه منصوص عليه في إيجاب القود به والحكم في المنصوص عليه يتعلق بعين النص لا بالمعنى
والنص الوارد في الحديد والسيف يكون واردا فيما هو في معناه في الاستعمال دلالة والنحاس يستعمل منه السلاح كما يستعمل من
الحديد فيكون الحكم فيه ثابتا بدلالة النص لا بعينه ولو ضربه بصنجة رصاص لا يكون عمدا لأنه لا يستعمل منه استعمال الحديد
وهو السلاح وأما غير السلاح كالليطة والمروة والرمح الذي لا سنان فيه ونحوه إذا جرحه فهو عمد محض لأنه إذا فرق الأجزاء عمل
عمل السيف لأنه حصل ما هو المقصود من الحديد مما هو معتاد له ولا تكون شبهة العمد باعتبار قصور الآلة وهكذا قال إذا أحرق رجلا
بالنار يقتل به لأن النار تفرق الأجزاء وتعمل عمل الحديد وأما شبه العمد وهو القتل بآلة لم توضع له ولم يحصل به
الموت غالبا مثل السوط الصغير والعصا الصغيرة ونحوه فأما القتل بالعصا الكبير وبكل آلة مثقلة يحصل بها الموت غالبا كما ليس
بجارحة قاطعة بل هي مدققة مكسرة وهو شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهم لما يأتي وأما الخطأ وهو ما نوعان شبها
فيصيب آدميا أو يقصده فيظنه صيدا أو حربيا فإذا هو مسلم ونوع ما هو ملحق بالخطأ كالنائم إذا انقلب على إنسان فقتله وكذا
القتل بطريق التسبب كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق المرور لأنه إذا تسبب للقتل صار كالواقع والدافع ولما لم يقصد القتل هو
كالخطأ في الحكم ولا يكون فيما دون النفس شبه العمد لأن ما دون النفس لا يختص إتلافه بآلة دون آلة بل يختص بآلة جارحة
قاطعة فأما القتل يختص بآلات بعضها جارحة قاطعة وبعضها لا فيختلف حكم النفس باختلاف الآلات وأما حكمها فسيأتي ولا يخفى
أن القتل على خمسة أوجه عمد وخطأ وشبه عمد وما أجري مجرى الخطأ والقتل بسبب قال صاحب النهاية وجه الانحصار في هذه الخمسة
هو أن القتل إذا صدر عن إنسان لا يخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح وإن حصل بسلاح إما أن يكون به قصد القتل أو لا فإن كان
فهو عدوان وإن لم يكن فهو خطأ وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن يكون جاريا مجرى الخطأ أو لا فإن كان فهو شبه العمد وإن
لم يكن فلا يخلو إما أن يكون معه قصد التأديب أو الضرب أو لا فإن كان فهو شبه العمد وإن لم يكن فلا يخلو إما أن يكون جاريا مجرى
الخطأ أو لا فإن كان فهو الخطأ وإن لم يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار يعرف تفسير كل واحد منها اهـ أقول فيه خلل
أما أولا فلأنه جعل القتل خطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك إذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضا
بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة وأما ثانيا فلأن قوله وإن لم يكن جاريا مجرى الخطأ فهو القتل بسبب ليس بتام
لأن ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم أن يكون القتل بسبب ألبتة بل يجوز أن يكون القتل خطأ محضا أيضا فلا يتم الحصر في
القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل
على خمسة أوجه وذلك بالاستقراء بأن وجدنا ما يتعلق به شيء من الأحكام المذكورة أحد هذه الأوجه المذكورة ونقل ما ذكر
صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه ورتكاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان والمراد بيان قتل يتعلق به الأحكام قال

جمهور الشراح ان ما قدمه لان أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة أوجه
كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما وقتل قطاع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم وقد ذكرها الامام محمد رحمه الله تعالى
في كتاب الايمان الايمان كلها ولم يرد حصر الايمان لانها أكثر من ثلاثين كاليمين بالله تعالى وبالطلاق وبالعتاق والحج
والعمرة وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى اهـ قال صاحب العناية أقول فيه نظر لان الظاهر ان سائر أنواع القتل لا تخرج
عن الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الاوجه فان ما ذكر من قتل المرتد وقتل الحربي
والقتل قصاصا أو رجما أو بقطع الطريق انما يكون قتلا عمدا ان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح وما أجري مجرى السلاح ويكون
شبه عمد ان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح ويكون خطأ ان لم يكن النظر الى التعمد بل كان بطريق
الخطأ الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما تكون تلك الانواع المستثناة من القتل خارجة عن الاحكام المذكورة لهذه الاوجه
الخمسة فلا معنى لقول ان أنواع القتل أكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام لاوجه الخمسة
للقتل الامر نفس هذه الاوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطا بشرط ألا ترى ان الاثم
حرمة أو وجوب القود من أحكام القتل العمد مع انه له شروط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغا اذ لا يجب القود على الصبي والمجنون
ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتلت الام ولدها وكذا
الجد والجدة ومنها ان لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم
ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة اصلا ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ليست مطلقة بل مؤقتة الى غاية
مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرطا لترتب كل من الاحكام المذكورة
للاوجه الخمسة من القتل وليس شيء مما ذكروا من الاحكام من هذه الانواع المذكورة ثابتا بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام
وهو كون المقتول معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء فالظاهر ان مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل يتعلق به
الاحكام هو التنبيه على ان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو أحوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات وترتب
عليها أحكامها دون أحوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة المذكورة تشمل كل ذلك قال رحمه الله ﴿موجب القتل عمدا
وهو ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه في تفريق الاجزاء كالمحدد من الحجر والخشب والنار الاثم والقود عينا﴾ أي القتل الموصوف
بهذه الصفة يوجب الاثم والقصاص معنى قال النسفي القتل فعل مضاف الى العباد تزول به الحياة وفي المستوى ذكر ما يعرف به
العمد من غيره قال محمد رجل تعمد أن يضرب رجلا أو شيئا منه بالسيف فأخطأ فأصاب عنقه وأبان رأسه فهو عمد ولو أراد أن
يضرب يد رجل أو شيئا منه بسيف فأخطأ فأصاب عنق غيره فهو خطأ لانه أصاب غير ما تعمد وفي الاول أصاب ما تعمد لانه قصد
الى طرف ذلك الرجل ولو رمى رجلا فسقط على رأسه فأصاب غيره فهو خطأ وكذلك لو قصد ضرب الشجرة فأصابه السيف
فهو خطأ ولو رمى غرضا فأصاب حائطا ثم رجع السهم فأصاب الرجل فهو خطأ لانه أخطأ في اصابة الحائط ورجوع السهم مبني على
اصابة الحائط لا على الرمي السابق لانه آخر السببين والحكم يضاف الى آخر السببين وجودا وقد تخلل بين الرمي والاصابة الاخيرة
اصابة الحائط فقطع حكم الاصابة الاخيرة على الرمي السابق ولو تعمد ان يضرب يده رأس انسان فشجه موضحة فهو عمد سواء نفذ
الى الشجة أو مات لانه أصاب ما تعمده وقد عملت الآلة عملها أثرا في الظاهر والباطن جميعا فان مات من غير أن يجرح قال صار
خطأ وقال محمد في الدابة رجل ضرب رجلا بسيف تعمده فخرق السيف العمد فقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا قود عليه وقال
محمد ان كان العمد يقتل لو ضرب به وحده يقتل لان العمد لا يقصد به الا الضرب اذا كان يقتل به وهو قاصد الى القتل وقد أصاب
المقتل فوجب القصاص ولابي حنيفة انه أصاب الضرب دون القتل لان العمد لا يقصد به الا الضرب فيه فصار خطأ وان تبين
خلاف ما قصد وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى رجل ضرب رجلا بابرة أو بشيء يشبه الابرة تعمدا فقتله فلا قود
عليه وان ضربه بمسلة أو نحوها فعليه القود لان الابرة مما لا يقصد به القتل عادة وان كانت آلة جارحة لانها آلة الخياطة دون القتل
فكانت فيه شبهة عدم العمدية فيمتنع وجوب ما لا يجامع الشبهة والمسلة فهي آلة جارحة يقصد بها القتل وفي رواية أخرى انه ان
غرز بالابرة في المقتل فعليه القود والا فلا لان غرز الابرة في المقتل يقصد به القتل لا التأديب وفي الساوي النكرى ضرب يده

او

أو ذهب أو فضة أو شبهه أو نحاس أو رصاص أو صفر فجرحه ومات انه يقتل وان رماه بصنجة ألف درهم فجرحه أو لم يجرحه فمات منه قتل ولو ضرب بعصا رأسها مضبب بالحديد وقد أصاب الحديد حتى جرحه أو أزهق سائر جسده أو ضربه بقطعة حديد أو شبهها أو بعمود حديد فمات منه قتل وهذا كله على قياس ظاهر الرواية على ما بينا ولو ضربه بعصا من خشب فأدماه أو بحجر غير محدد لا يقتل وان كان محددا حتى جرحه يقتل وعن أبي حنيفة في المجرد لو ألقى رجلا في الماء ثم أخرجه وبه رمق فمكث أياما حتى مات يقتل به وان كان يجيء ويذهب حتى مات لم يقتل ولو قمط رجلا وألقاه في البحر فغرق تجب الدية ولو سبح ساعة ثم غرق لا دية عليه لانه غرق بجبره وفي الاول نظر جيد وفي الفتاوى الكبرى ما يجب القصاص في نفسه دون نفس لو نوى فضرب به رأس رجل فشجه موضحة وجب القصاص ولو مات لا يجب القصاص ولو مات من ذلك يجب القصاص ٧ وما يجب في نفسه ونفسه ان شجه موضحة بحديدة فيها القصاص وان مات منها يجب القصاص وعلى عكسه ما لا يجب في نفس ولا في نفسه أن يجرحه بخشبة عظيمة فلا يجب القصاص ولو مات كذلك وفي الاختيار وما ليس بسلاح فما دون النفس عمد واعترض بان قوله موجب هذا أثر العمد والاثر متأخر وفصل بين المبتدأ وهو قوله موجبه وخبره وهو قوله الاثم باجنبي وهو قوله أن يتعمد الضمير جاز أن يرجع الى المضاف وأن يرجع الى المضاف اليه والضمير اذا احتمل فسد المعنى على أحد الاحتمالين فيتعين الاظهار بان يقول العمد أن يتعمد وعبر بقوله موجبه دون أن يقول حكمه وأثره ليفيد أن صفته الوجوب وقد يجاب بان المقصود الاحكام لا الحقائق فكذا قدم الحكم على التعريف وهذا الفصل بغير أجنبي فلا يضر والضمير يرجع الى الاقرب وهو القتل لانه محل للتعمد فلا فساد قوله ضربه أي ضرب المقتول قاله قاضي زاده أقول يرد على المقتول في المتقي كما نقله في المحيط اذا تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنق ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان أصاب عنق غيره فهو خطأ ووجه الورود انه لم يتعمد القتل بل تعمد ضرب اليد وجرى عمدا فظهر أن الشرط ولو للقطع لا لتقييد القتل كما قالوا أما اشتراط العمد فلان الجناية لا تتحقق دونها ولا بد منها ليترتب عليها العقوبة لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان الحديث وأما اشتراط السلاح فلان العمد هو القصد وهو فعل قد لا يوقف عليه لانه أمر خفي فأقيم استعمال الآلة القاتلة عادة مقامه وظاهر هذا انه اذا قتل بهذه الآلة ثم قال لم أقصد قتله لم يقبل منه والمنقول انه لا يقبل منه قال في المجرد قتلت فلانا ثم قال انما أردت غيره فأصابته درئ عنه القصاص ولا يخفى عدم الورود لانه قال ضربه لا ان يتعمد قتله لان الشرط تعمد الضرب لا تعمد القتل بدليل تعمد قطع اليد أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ كما اذا رمى شخصا بسهم أو ضربه بسيف يظنه صيدا فاذا هو آدمي أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وهذا في نوع الخطأ في القصد وكذا اذا رمى غرضا بآلة قاتلة فأصاب آدميا وهذا في نوع الخطأ في الفعل من استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلا على القصد قد تحقق هناك أيضا مع انه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها بالضرب المقتول لا استعمالها فيه أيضا الضرب المقتول ٧ لكن الخطأ في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها بالضرب المقتول من حيث انه آدمي لا استعمالها بالضرب به مطلقا وفي نوع الخطأ في القصد لم تتحقق الحيثية المذكورة قلت كون الاستعمال من هذه الحيثية أمر مضمر راجع الى النية والقصد ولا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي فتدبر وذكر قاضيخان انه لا يشترط الجرح في الحديد وما يشبه الحديد من النحاس وغيره في ظاهر الرواية وأما الاثم فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب القتل المؤثم والنود ٧ لا ينفك عن لزوم المأثم والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا أن يقال الآية المذكورة وان أفادت المأثم في قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها الا انها تفيد المأثم في قتل الذمي أيضا بدلالتها بناء على ثبوت العصمة بين المسلم والذمي نظرا الى التكليف والدار كما سيأتي تفصيله فان قيل بقي خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وان ارتكب كبيرة ولم يتب والظاهر أن المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالدا فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير ولا ينافي التعميم مذهب

٧ هكذا النسخ في هذه المواضع ولا يخفى ما فيها من الغموض المستوجب عدم ظهور المراد فليتأمل اهـ مصححه

أهل السنة والجماعة ولئن سلم يكون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفاسير أيضا ففي الآية دلالة على عظم تلك الجناية وهو نفي الإثم في قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال أيضا والا لما لزم من استحلاله الخلود في النار وأما القود فلقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود ولقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر الآية الا أنه يتقيد بوصف العمد لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود أي موجبه يعني أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما يوجد القتل ولا يفصل بين العمد والخطأ الا أنه يقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور والذي تلقته الامة بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أي موجبه قود كذا في الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر ولا يدل على نفي ما عداه لانا نقول لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط ولا يكون لذكر لفظ العمد فائدة اهـ أقول سؤال ظاهر الورود ومعنى أن يختلج ببال كل ذي فطرة سليمة ولكن لم أر أحدا سواه تولى ذكره وأما جوابه فمنظور فيه عندي لجواز أن يكون سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن حكم العمد فقط بأن كانت الجناية قتل العمد فصار قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله بالحديث المذكور قال رحمه الله ﴿الا أن يعفوا﴾ يعني يجب القصاص الا أن يعفو الاولياء فيسقط القصاص بعفوهم ولا يجب شيء هذا اذا كان العفو بغير بدل وان كان ببدل يجب المشروط ويتعين بالصلح لا بالقتل قال الامام الشافعي رحمه الله تعالى الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولي ولنا ما تلونا ورويناه من قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود فيقتضي ان جنس العمد يوجب القود لا المال ومن جعله موجبا للمال فقد زاد عليه وهو لا يجوز والى هذا المعنى أشار ابن عباس رضي الله عنهما بقوله العمد قود ولا مال فيه ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين الآدمي صورة ومعنى اذ الآدمي خلق مكرما ليحتمل التكاليف ويشتغل بالطاعة وليكون خليفة الله تعالى في الارض والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذلا له في حوائجه فلا يصلح جابرا وقائما مقامه والقصاص يصلح للمماثلة صورة لانه قتل بقود وكذا معنى لان المقصود بالقتل الانتقام والثاني فيه كالاول ولهذا سمي قصاصا وبه تحصل منفعة الاحياء بكونه زاجرا فلا يكون موجبا للمال ولهذا أضاف ما يوجب من المال في فصل العمد الى الصلح ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولو كان العمد موجبا للمال لما أضافه الى الصلح والمراد بما روي ثبوت الخيار للولي عند اعطاء القاتل الدية وتخييره لا ينافي رضا الآخر في غير الواجب وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك ان شئت دراهم وان شئت دنانير وان شئت عروضا ومعناه ان لا يأخذ غير حقه الا برضا المدين وهذا شائع في الكلام ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أي لا تأخذ الا سلمك عند المضي في العقد ولا تأخذ الا رأس مالك عند التفاسخ خيره ومعلوم أنه لا يأخذ رأس ماله الا برضا الآخر لان الفسخ لا يتم الا باتفاقهم فاذا كان المراد بالحديث ذلك أو احتمله لا يبقى حجة والذي يدل على ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال كان القصاص في بني اسرائيل ولم تكن الدية فأنزل الله هذه الآية كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر الى قوله فمن عفي له من أخيه شيء والعفو أن يقبل الدية في العمد ذلك تخفيف من ربكم فيما كان كتب على من كان قبلكم فأخبر ان بني اسرائيل لم تكن فيهم دية أي كان ذلك حراما عليهم أخذه عوضا عن الآدمي وبتركه خفف الله تعالى عن هذه الامة ونسخ ذلك بقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية وبه النبي صلى الله عليه وسلم عن هذه الجهة بل بينها بقوله من قتل له قتيل فهو بالخيار بين أن يقتص أو يعفو أو يأخذ الدية التي أبيحت لهذه الامة وجعل لهم أخذها اذا أعطوها وعن أنس بن مالك ان عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال عليه الصلاة والسلام حين اختصموا اليه كتاب الله القصاص ولم يخير ولو كان المال واجبا له لخيره فمن وجب له أحد شيئين على الخيار لا يحكم له بأحدهما معينا وانما يحكم بأن يختار أيهما شاء والذي يحققه ان الولي ان عفا عن القصاص قبل اختيار القصاص صح عفوه ولو لم يكن هو الواجب بالقتل لما صح عفوه قبل تعيينه واختياره اذ العفو عن الشيء قبل وجوبه باطل فان كان القصاص هو الواجب الاصلي لا ينفرد الولي بالعدول عنه الى المال بدلا عنه لانه معاوضة ولا يجبر أحد على المعاوضة كما في سائر الحقوق ولهذا لو ترك الولي القصاص بمال آخر غير الدية كالدار ونحوها من الاعيان لا يجبر القاتل على الدفع وان فيه احياء نفسه ولا نسلم ان المضطر الذي ذكره يجبر على الشراء بحيث يدخل في ملكه من غير رضاه وانما نقول انه اذا ترك الشراء مع القدرة عليه ومات وكذا نقول هنا أيضا انه اذا لم يخلص نفسه مع القدرة

عليه وقوله والآدمي قد يضمن بالمال كما في الخطأ قلنا وجوب الضمان في الخطأ ضرورة صون الدم عن الاهدار باعتبار انه مثل له
وهذا لانه لما تعذر العقوبة وهو القصاص لعدم الجناية صير اليه لصون الدم عن الاهدار ولولا ذلك لتجاسر كثير من الناس وأدى
الى التفاني ولان النفس محترمة فلا يسقط حرمتها بعذر الخاطئ كما في المال فيجب المال صيانة لها عن الاهدار ولا يقال وجوب
القصاص لا ينافي وجوب المال ولا العدول اليه من غير رضا الجاني ألا ترى ان رجلا لو قطع يد رجل وهي صحيحة ويد القاطع
شلاء فالمقطوع يده بالخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء قطع يده الشلاء وكذا لو عفا أحد الاولياء بطل حق الباقين في
القصاص ووجب لهم الدية ولأنه وجب بالجناية لما وجب بغير رضاهم لانا نقول انما كان لهم ذلك لتعذر استيفاء حقهم كاملا
قال رحمه الله ﴿ولا الكفارة﴾ أي لا تجب الكفارة بقتل العمد وقال الشافعي رحمه الله تعالى تجب اعتبارا بالخطأ بل أولى لانها
شرعت لمحو الاثم وهو في العمد أكثر فكان أدعى الى ايجابها ولنا أن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فلا بد من أن
يكون سببها أيضا دائرا بين الحظر والاباحة لتعلق العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور وقتل العمد كبيرة محضة فلا يناط به كسائر
الكبائر مثل الزنا والسرقة والربا قال تاج الشريعة فان قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه
الكفارة قلت هو جناية على المحل ولهذا لو اشترك رجلان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جناية الفعل لوجب جزاءان
والجناية على المحل يستوي فيها العمد والخطأ اهـ أقول في الجواب بحث اما أولا فلأنه لا يدفع السؤال المذكور لان مورده مضمون
الدليل المزبور وهو ان الكفارة لا يناط بما هو كبيرة محضة لا أصل المدعى وهو أنه لا كفارة في القتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد
الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به سواء كان في جناية الفعل أو جناية المحل وكون الجناية على المحل يستوي فيها
العمد والخطأ انما يفيد لو ورد السؤال على أصل المدعى وبه يمكن الجواب عنه حينئذ بأن ما قلنا في جناية الفعل دون جناية المحل
وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى وأما ثانيا فلأنه قد تقرر في كتب أصول الفقه ان الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه
لا جزاء المحل أصلا ولو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل
من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا ولا يمكن قياسه على الخطأ لانه دونه في الاثم فشرعها لدفع الادنى لا يدل على دفع الاعلى ولان في
قتل العمد [illegible] ولا يمكن ان يقال ترتفع المأثم فيه بالكفارة مع وجود التشديد في الوعيد بنص قاطع لا شبهة فيه ومن ادعى
ذلك كان متحكما فيه بلا دليل ولان الكفارة من المقدرات فلا يجوز اثباتها بالقياس على ما عرف في موضعه ولان قوله تعالى
فجزاؤه جهنم الآية كل موجبه اذ هو مذكور في سياق الجزاء بالشرط فيكون الزيادة عليه نسخا ولا يجوز بالرأي قال رحمه الله
﴿وشبهه وهو ان يتعمد ضربه بغير ما ذكر الاثم والكفارة على القاتل ودية مغلظة على العاقلة لا القود﴾ أي موجب القتل
شبه العمد الاثم والكفارة على القاتل والدية المغلظة على عاقلته ولا يوجب القصاص وقوله وهو ان يتعمد ضربه بغير ما ذكر أي بغير
ما ذكر في العمد والذي ذكر في العمد هو المحدد وغيره هو الذي لا حد له من الآلة كالحجر والعصا وكل شيء ليس له حد يفرق الاجزاء
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي شرح الطحاوي شبه العمد عند الامام تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا هو في معنى
السلاح في تفريق الاجزاء قال محمد ويكون قصده الضرب والتأديب فاذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه
العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا وظاهر ان معنى العمدية تتقاصر باستعمال آلة لا تقتل غالبا لانه يقصد به التأديب أما لو
قتل غالبا كالسيف فكان عمدا فوجب القود ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام رض بين حجرين رأس يهودي رض رأس صبي
بين حجرين وكذا قتل المرأة التي قتلت امرأة بمسطح وهو عمود الفسطاط ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى قوله عليه الصلاة والسلام
ألا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها وباطلاقه
يتناول العصا الكبير والكلام في مثلها ولان قضية القتل أمر مبطن لا يعرف الا بدليل وهو استعمال الآلة القاتلة على ما يساوي هذه
الآلة لا تصلح دليلا على قصد القتل لانها غير موضوعة له ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن القتل بها على غفلة منه ولا يقع القتل بها غالبا
ففقدت العمدية كذلك فصار كالعصا الصغير وهذا لان ما يوجب القصاص وهو الآلة المحدودة لا يختلف بين الصغير منها والكبير
لان الكل صالح للقتل لتخريب البنية ظاهرا او باطنا فكذا ما لا يوجب القصاص وجب ان يسوى بين الصغير والكبير منه حتى
لا يوجب الكل القصاص لانه غير معد للقتل ولا صالح له لعدم نقض البنية ظاهرا وكان في قصد القتل شك لما فيه من القصور

والقصاص نهاية في العقوبة ولا تجب مع الشك وما رواه من رض اليهودي يحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أن اليهودي كان قاطع الطريق من أداة سوط أو عصا أو غيره بأي شيء كان يقتل به حدا ويحتمل أنه جعله كقاطع الطريق لكونه ساعيا في الارض بالفساد فقتله حدا كما يقتل قاطع الطريق فإن ذلك جائز أن يلحق به على ما يأتي في قاطع الطريق وأما حديث المرأة فقال عبيد بن نضيلة عن المغيرة بن شعبة ان امرأتين ضربت احداهما الاخرى بعمود الفسطاط فقتلتها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على عصبة القاتلة وقضى فيما في بطنها بغرة فقال الاعرابي أغرم من لا طعم ولا شرب ولا صاح فاستهل ومثل ذلك باطل فقال أسجع كسجع الاعراب وفي رواية قال هذا من اخوان الكهان من أجل سجعه فعلم بذلك ان ما رواه غير صحيح والذي يدل على ذلك حمل بن مالك على ما رووه فإنهم قالوا قال حمل بن مالك كنت بين امرأتين فضربت احداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنينها بغرة وان تقتل به هكذا رووه وقال ابن المسيب عن أبي سلمة عن أبي هريرة اقتتلت امرأتان من هذيل فضربت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها عبد وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها فقال حمل بن مالك بن النابغة يا رسول الله أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك باطل فقال عليه الصلاة والسلام هذا من اخوان الكهان وهذا هو المشهور عن حمل بن مالك فكيف يصح ان يتصور عنه خلاف ذلك ثم لا فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين أن يموت بضربة واحدة وبين أن يوالي عليه ضربات حتى مات كل ذلك شبه عمد لا يوجب القصاص واختلفوا على قولهما في الموالاة وقال الامام الشافعي رحمه الله تعالى تصير عمدا بها فوجب القصاص ولو ألقاه من جبل أو سطح أو غرقه في الماء أو خنقه حتى مات كان ذلك شبه عمد عنده وعندهما عمد وإنما كان آثما في شبه العمد لانه ارتكب محرما في دينه قاصدا له وإنما وجبت الكفارة به لانه خطأ من وجه فيدخل تحت النص على الخطأ أقول المتبادر من قوله لدخوله تحت الخطأ أن هذه الكفارة إنما وجبت في شبه العمد باعتبار الدخول فإن قلت يرد عليه ان تعين الكفارة لدفع الذنب الادنى بالشرع لا يعينها كما قالوا في العمد اذ لا شك ان شبه العمد أعلى ذنبا من الخطأ المحض فإن الجاني في شبه العمد قد قصد الضرب وفي الخطأ لم يقصد الضرب وقد يجاب بأن ذنب شبه العمد دائر بين الادنى والاعلى فالحاقه بالادنى أولى طلبا للتخفيف فلذا وجبت فيه الكفارة وذكر صاحب الهداية ان صاحب الايضاح قال في الايضاح وجدت في كتب أصحابنا أن الكفارة في شبه العمد لا تجب على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فإن الاثم كامل وتناهيه يمنع شرع الكفاية لان ذلك من باب التخفيف وجوابه على الظاهر ان يقول انه اثم الضرب لانه قصده لا اثم القتل لانه لم يقصده وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطئ ولا تجب بالضرب ألا ترى انها لا تجب بالضرب بدون القتل وتعكسه تجب فكذا عند اجتماعهما يضاف الوجوب الى القتل دون الضرب وأما وجوب الدية فلما روينا وإنما وجبت على العاقلة لانه خطأ من وجه على ما بينا فيكون معذورا فيتحقق التخفيف كذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما في الخطأ ولهذا أوجبها عمر رضي الله عنه في ثلاث سنين ويتعلق بهذا القتل حرمان الميراث كالخطأ بل أولى لانه جزاء القتل وهو أولى بالمجازاة لوجود القصد منه الى الفعل فحاصله انه كالخطأ الا في حق الاثم وصفة التغليظ في الدية على ما سنبين من بعد ان شاء الله قال رحمه الله ﴿والخطأ وهو أن يرمى شخصا ظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم أو غرضا فأصاب آدميا وما جرى مجراه كالنائم اذا انقلب على رجل فقتله الكفارة والدية على العاقلة﴾ قوله وهو أن يرمى شخصا الى آخره تفسير لنفس الخطأ فانه على نوعين خطأ في القصد وخطأ في الفعل وقد بين النوعين بقوله وهو أن يرمى شخصا ظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم تفسير للخطأ في القصد لا في الفعل حيث أصاب ما رمى وإنما أخطأ في القصد أي الظن حيث ظن المسلم حربيا والآدمي صيدا وقوله أو غرضا فأصاب آدميا هذا بيان للخطأ في الفعل دون القصد فيكون معذورا أقول في عبارة الشارح والمصنف هنا تسامح فانه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا الى آخره وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى ان كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر فيما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما فرد من جزئياته فكان أحسن منه حد اعلم تصلح لان يكون تفسيرا له فكان الظاهر أن يقال في كل واحد منهما وهو نحو أن يرمى اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ قصدا كرميه مسلما ظنه صيدا أو حربيا وفعلا كرميه غرضا فأصاب آدميا اه ثم ان صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطأ ضربان خطأ في القصد وخطأ في الفعل فالخطأ الذي

في الفعل أن يقصد فعلاً فيصدر منه فعل آخر كما إذا رمى الغرض فأصاب غيره هذا هو الخطأ في الفعل وأما الخطأ في القصد فهو
أن لا يكون الخطأ في الفعل وإنما يكون الخطأ في قصده فإنه قصد بهذا الفعل حربياً لكن أخطأ في ذلك القصد وهو الغرض حيث
لم يكن قصده اهـ ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال الخطأ في الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل فعل آخر
وليس كذلك فإنه إذا رمى غرضاً فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه إلى ما وراءه فأصاب رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل والشرط
المذكور منتف في الصورتين ثم إنه أخطأ من وجه آخر حيث جعل قيد قصده وذلك غير لازم فإذا سقط من يده خشبة أو لبنة
فقتل رجلاً يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه اهـ وقول المؤلف عن صاحب الهداية معطوف على قيد وظاهره أن الرمي معتبر في الخطأ
في الفعل وليس كذلك فإنه لو سقطت منه خشبة أو لبنة فقتل رجلاً هذا خطأ في الفعل ولا رمي وقوله كنائم انقلب على رجل يعني
لما جرى مجرى الخطأ لأن حال النائم خطأ حقيقة ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل جعل كالخطأ لأنه معذور
كالمخطئ وإنما كان حكم المخطئ ما ذكره لقوله تعالى فيه فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله وقد قضى به عمر رضي الله تعالى
عنه في ثلاث سنين بمحضر من الصحابة من غير نكير فصار إجماعاً قال رحمه الله ﴿والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر
في غير ملكه الدية على العاقلة لا الكفارة﴾ أي موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة أما وجوب الدية فلأنه سبب
التلف وهو متعد فيه بالحفر فجعل كالدافع الملقي فيه فيجب فيه الدية صيانة للأنفس وتكون على العاقلة لأن القتل بهذا الطريق
دون القتل بالخطأ فيكون معذوراً فيجب على العاقلة تخفيفاً عنه كما في الخطأ بل أولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا لا تجب
الكفارة فيه وفي الأصل لو كان على دابة فوطئت دابته إنساناً فقتله وفي السائق أو سقط من سطح على إنسان فقتله هذا كله قتل
خطأ مباشرة وفي شرح الطحاوي والكفارة تحرير رقبة في حق القادر وصيام شهرين متتابعين في حق غير القادر ولو أفطر
يوماً استأنف ولا يجوز الإتيان من الليل ولا إطعام فيه فيعتبر القدرة وقت الأداء لا وقت الوجوب اهـ قال رحمه الله
﴿والكل يوجب حرمان الإرث إلا هذا﴾ أي كل نوع من أنواع القتل التي تقدم من عمد وشبهه وخطأ وما أجري مجراه يوجب
حرمان الإرث إلا القتل بسبب فإنه لا يوجب ذلك كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعي هو ملحق بالخطأ في أحكامه قال رحمه الله
﴿وشبه العمد في النفس عمد فيما سواها﴾ لأن إتلاف ما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف
النفس فإنها يتصور فيها والذي يدل على هذا ما روي عن أنس بن مالك أن عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا إليهم العفو
فأبوا والأرش فأبوا إلا القصاص واختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص
فقال أنس بن النضر أتكسر ثنية الربيع والذي بعثك بالحق نبياً لا تكسر ثنيتها فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا أنس كتاب الله
القصاص فرضي القوم فعفوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره ووجه دلالته على ما نحن
فيه أنا علمنا أن اللطمة لو أتت على النفس لا توجب القصاص ولو أتت فيما دون النفس قد أوجبته بحكمه عليه الصلاة والسلام
فثبت بذلك أن ما كان في النفس شبه عمد فهو عمد فيما دونها ولا يتصور أن يكون شبه عمد والله أعلم

﴿باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه﴾

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة قال رحمه الله ﴿يجب
القصاص بقتل كل محقون الدم على التأبيد عمداً﴾ لما بينا وشرط أن يكون المقتول محقون الدم على التأبيد ليندفع شبهة الإباحة
عنه لأن القصاص نهاية في العقوبة فيستدعي الكمال في الجناية فلا يجب مع الشبهة واحترز بذلك عن المستأمن فإنه غير محقون
الدم على التأبيد قال في العناية وفيه بحث من أوجه الأول أن العفو مندوب إليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب الثاني
أن حقن الدم على التأبيد غير متصور لأن غاية ما يتصور فيه أن يكون المسلم في دار الإسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى
الثالث أنه منقوض بقتل ابنه المسلم فإنها موجودة فيه ولا قصاص الرابع أن قيد التأبيد لثبوت المساواة وإذا قتل المستأمن
مسلماً وجب القصاص ولا مساواة والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني
أن المراد بما هو على التأبيد ما هو بحسب الأصل والارتداد عارض لا يعتبر ورجوع الحربي أصل لا عارض وعن الثالث بأن
القصاص ثابت لكنه انقلب لشبهة الأبوة وعن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وفي الكافي

القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد وليس بينهما شبهة الملك ولا شبهة الجزئية يعني به ليس المقتول بولده ولا هو
عبده ولا له عليه شيء من الرق ويقتل فإن كان القاتل سالما والمقتول به مغمى عليه أو مريضا أو مفلوجا أو أعمى أو مقطوع
الجوارح أو أشل الجوارح أو كان صبيا أو مجنونا فإنه يقتل به وفي العيون ضرب رجلا بسيف في غمده فخرق السيف الغمد وقتله
قال أبو حنيفة لا قصاص عليه وقال محمد إن كان الغمد لو ضرب به وحده قتل قتل به وفي الكبرى والفتوى على قول أبي حنيفة
قال محمد في الجامع الصغير إذا أحمى التنور فألقى فيها إنسانا أو ألقاه فيما لا يستطيع الخروج منه فأحرقته النار يجب القصاص
ووضع المسئلة يشير إلى أن الإحماء يكفي وإن لم تكن فيه نار قال البقالي في فتاواه هو الصحيح وفي البقالي إذا ألقاه في النار
ثم أخرجه وبه رمق فبقي أياما يضاني ذلك حتى مات قتل به وإن كان يجيء ويذهب وفي الخانية فمكث أياما لم يزل صاحب
فراش وإن كان يجيء ويذهب فلا وفي الجامع الصغير أيضا وذكر شيخ الإسلام في شرح ديات الأصل إن غرق إنسانا بالماء إن كان
الماء قليلا لا يقتل منه غالبا ويرجى منه النجاة في الغالب فمات من ذلك فهو خطأ العمد عندهم جميعا فأما إذا كان الماء عظيما
إن كان بحيث يمكنه النجاة منه بالسباحة بأن كان غير مشدود ولا مثقل وهو يحسن السباحة فمات فإنه يكون خطأ العمد
وإن كان بحيث لا يمكنه النجاة فعلى قول أبي حنيفة هو خطأ العمد ولا قصاص وعلى قولهما هو عمد محض ويجب القصاص
وفي الخانية ولو ألقاه في الماء فغرق من ساعته لا قصاص فيه في قول أبي حنيفة وفي قول صاحبيه يجب القصاص وفي المنتقى عن
أبي يوسف عن أبي حنيفة رمى رجلا من سفينة في بحر أو في دجلة أو غرق كما وقع فعلى عاقلته الدية وإن كان حين ألقاه سبح ساعة
ثم غرق فلا دية فيه ولو ألقاه من سطح أو جبل أو ألقاه في بئر فعلى قول أبي حنيفة هذا خطأ العمد وأما على قولهما إن كان موضعا
يرجى منه النجاة غالبا فهو خطأ وإن كان لا يرجى منه النجاة غالبا فهو عمد محض يجب القصاص به عندهما وفي الخلاصة لو جرح
رجلا جراحة لا يتوهم معها النجاة وجرحه آخر جراحة أخرى فالقاتل هو الذي جرحه جراحة لا يتوهم معها النجاة هذا إذا كانت
الجراحتان متعاقبتين فإن كانتا معا وكلاهما قاتله يقتلان به وكذلك لو جرح رجلا جراحتين والآخر جراحة واحدة كلا منهما
قاتله وإذا خنق رجلا حتى مات فعلى قول أبي حنيفة لا قصاص عليه ولكن إن اعتاد ذلك فالإمام يقتله حدا وهو نظير الساحر
إذا تاب وأما على قولهما إن دام على الخنق حتى مات فعليه القصاص كما لو قتله بحجر عظيم أو خشبة عظيمة وإن كان ترك الخنق
قبل الموت ثم مات بعد ذلك فإنه ينظر إن دام على الخنق مقدار ما لا يموت الإنسان منه غالبا فلا قصاص وفي الظهيرية ولو قمط رجلا
ثم أغلى له ماء في قدر بجمعه حتى صار كأنه نار وألقاه في الماء فسلخ فمات قتل به وإن كان الماء حارا لا يغلي غليا شديدا فألقاه فيه ثم
مكث ساعة ثم مات وقد سقط جلده قتل به وإلا فلا وإن هو أخرج من القدر في هذه الوجوه وقد انسلخ فمات من ساعته أو يومه
أو مكث أياما يخاف عليه من ذلك قتل به وإن عاش حتى يجيء ويذهب ومات من ذلك لم يقتل وعليه الدية وهذا قياس قول أبي حنيفة
ولو ألقاه في ماء بارد في يوم شات فمات ساعة ألقاه فعليه الدية وكذلك لو أخذه فجعله في سطح في يوم شديد البرد فلم يزل حتى مات من
البرد وكذلك لو قمطه فجعله في الثلج ولو أن رجلا قمط رجلا أو صبيا ثم وضعه في الشمس فلم يتخلص حتى مات من حر الشمس فعليه الدية
ولو أن رجلا أدخل رجلا في بيت وأدخل معه سبعا وأغلق عليه الباب وأخذ الرجل السبع فقتله لم يقتل به ولا شيء عليه وكذا لو نهشته
حية أو لسعته عقرب وكذا لو قمط صبيا فألقاه في الشمس أو في يوم بارد حتى مات على عاقلته الدية ولو ضرب إنسانا بإبرة لا أثر لها في
نفس لا يضمن شيئا نص الإمام السرخسي وفي مجموع النوازل رجل صاح بآخر فجأة فمات من صيحته تجب فيه الدية ولو سلخ جلد
وجهه فعليه الدية وإذا سقى رجلا سما فمات من ذلك فهو على ثلاثة أوجه إما أن يكون أوجره على كره أو أكرهه على شربه حتى شرب
أو ناوله فشربه من غير أن يكرهه عليه فإن أوجره إيجارا أو ناوله وأكرهه على شربه حتى شرب فلا قصاص وعلى عاقلته الدية وفي
الذخيرة ذكر المسئلة في الأصل مطلقا من غير خلاف ولم يفصل بين ما إذا كان مقدارا يقتل مثله غالبا أو لا يقتل وهذا الجواب لا يشكل
على قول أبي حنيفة وذلك لأن القتل حصل بما لا يجرح لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الاعتبار وكان خطأ العمد على
مذهبه وأما على قول أبي يوسف ومحمد فمن مشايخنا من قال الجواب عندهما على التفصيل إن كان ما أوجره من السم مقدارا ما يقتل
مثله غالبا كان عمدا محضا وإن كان قدرا لا يقتل مثله غالبا فإنه يكون خطأ العمد ومن مشايخنا من قال بأنه على قولهم جميعا يكون خطأ

العمد سواء كان غاية في مثله غالبا أو لا يقتل وكذا لو أوجر رجلا سقمونيا لا يحتمله النفوس فمات لا يكون عمدا محضا وإذا ناوله وشرب من غير أن أكرهه لم يكن عليه قصاص ولا دية سواء علم الشارب بكونه سما أو لم يعلم وفي الخانية لا قصاص عليه ولا دية لأنه شرب باختياره إلا أن الدافع خدعه فلا يجب عليه إلا التعزير والاستغفار ومن دفع سكينا إلى رجل فقتل به نفسه لم يكن على الدافع شيء وفي فتاوى الخلاصة أدخل رجلا نائما أو مغمى عليه أو صبيا في بيته فسقط عليه البيت ضمن في الصبي والمعتوه دون النائم وإن أدخل إنسانا في بيت حتى مات جوعا أو عطشا لا يضمن شيئا عند أبي حنيفة وعندهما تجب الدية وفي الكبرى إذا طين على آخر بيتا حتى مات جوعا أو عطشا لم يضمن شيئا في قول أبي حنيفة وقالا عليه الدية وفي الخانية قال محمد يعاقب الرجل وعلى عاقلته الدية وفي الظهيرية ولو أن رجلا أخذ رجلا فقيده وحبسه حتى مات جوعا قال محمد أوجعه عقوبة والدية على عاقلته والفتوى على قول أبي حنيفة أنه لا شيء عليه وفي المنتقى سئل محمد عن رجل ألقى رجلا حيا في قبر فمات قال فيه دية وفي الذخيرة يقاد فيه لأنه قتله عمدا وفي الكبرى ولو ألقاه حيا في قبر يقتل به لأنه قتله عمدا وهذا قول محمد والفتوى أنه على عاقلته الدية وفي الظهيرية والفتوى على قول أبي حنيفة وفي المجرد روى الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة فلان قتله بحديدة أو قال بالسيف ثم قال إنما أردت غيره فأصابته درئ عنه القتل وفي المنتقى إذا قال الرجل قتلته ولا بأس فأنا متعمد ثم قال كان معي غيري لم يصدق ويقتل به ولو قال قتلت فلانا متعمدا بحديدة فلما أخذ بذلك قال كنت يومئذ غلاما لم يصدق ويقتل به ولو قال ضربت فلانا بالسيف متعمدا ثم قال لا أدري مات منها أم لا ولكنه مات وقال الولي مات من ضربتك فالقول قول القاتل وعليه نصف الدية وفي المنتقى إذا قطع حلقوم الرجل وبقي شيء قليل من الحلقوم وفيه الروح فقتله رجل آخر فلا قود عليه لأن هذا ميت ولو مات ابنه بعد ذلك وهو على تلك الحالة ورثه ابنه ولم يرث هو من ابنه وفي الظهيرية رجل نائم وهو صحيح البدن فدخل عليه إنسان وقال دفنته وهو ميت فإنه يقتل به قياسا وفي الاستحسان تجب الدية ولو شق بطن رجل وخرج أمعاؤه كلها وسقطت على الأرض إلا أنه صحيح بعد فقتله رجل فلا قود عليه وفي الخانية رجل عدا على رجل وشق بطنه وأخرج أمعاءه ثم ضرب رجل عنقه بالسيف عمدا فالقاتل هو الذي ضرب العنق عمدا وإن كان خطأ تجب الدية وعلى الذي شق البطن ثلث الدية وإن كان نفذ إلى الجانب الآخر يجب ثلثا الدية لأنهما جائفتان في كل منهما ثلث الدية هذا إذا كان مما يعيش بعد الشق يوما أو بعض يوم فإن كان الشق بحال لا يتوهم معه وجود الحياة ولم يبق معه إلا اضطراب الموت فالقاتل هو الذي شق البطن فيقتص في العمد وتجب الدية في الخطأ ولو قتل رجلا وهو في النزع قتل القاتل به وإن كان يعلم أنه لا يعيش وسيأتي شيء من هذا البحث وفي فصل متفرقات الإسبيجابي إذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فإن كان عمدا فعليه القصاص وفي الخانية رجل جرح رجلا جراحة وآخر جراحة عمدا ثم صالح المجروح أحدهما عن الجرح وما يحدث منه على مال ثم مات منهما جميعا عليه نصف الدية لوليه قال رحمه الله ﴿ويقتل الحر بالحر وبالعبد﴾ وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فهذا يقتضي مقابلة الجنس بالجنس ومن ضرورة المقابلة أن لا يقتل الحر بالعبد ولأن القصاص يقتضي المساواة ولا مساواة بينهما إذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية أمارة القدرة والمملوكية أمارة العجز ولنا العمومات نحو قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود ولا يعارض ما تلي لأن فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مطلقا ولا يحمل المطلق على المقيد على أن مقابلة الحر بالحر لا تنافي الحر بالعبد لأنه ليس فيه إلا ذكر لبعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك لا يوجب تخصيص ما بقي ألا ترى أنه قابل الأنثى بالأنثى دليل على جريان القصاص بين الحرة والأمة وفائدة هذه المقابلة في الآية على ما قال ابن عباس رضي الله عنهما كانت بين النضير وبني قريظة مقاتلة وكان بنو قريظة أقل منهم عددا وكان بنو النضير أشرف عندهم وتراضوا على أن العبد من بني النضير يقابله الحر من بني قريظة والأنثى منهم تقابله الذكر من بني قريظة فأنزل الله تعالى الآية ردا عليهم وبيانا على أن الجنس يقتل بجنسه على اختلاف مواضعهم من القبيلتين جميعا فكانت اللام للتعريف العهد لا لتعريف الجنس ولأنهما مستويان في العصمة إذ هي بالدين عنده وبالدار عندنا وهي المعتبرة فيجري القصاص بينهما حسما لمادة الفساد وتحقيقا لمعنى الزجر ولو اعتبرت المساواة في غير العصمة في النفس لما جرى القصاص بين الذكر والأنثى والقصاص يجب باعتبار أنه آدمي ولم يدخل في الملك من هذا الوجه بل هو مبقى على أصل الحرية من هذا الوجه ولهذا يقتل العبد بالعبد وكذا يقتل العبد بالحر ولو كان مالا لما قتل وكذلك عجزه وموته وبقاء أثر كفره حكمي

ولا يؤثر ذلك في سقوط العصمة ولا يؤثر شبهة ولو أورث شبهة لما جرى القصاص بين العبيد بعضهم ببعض ووجوب القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان بعد المساواة في العصمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء وفي النفس لا يشترط ذلك حتى يقتل الصحيح بالزمن والمفلوج ولا مساواة بين أطراف الحر والعبد الا في العصمة فظهر أن أثر الرق فيما دون النفس لما ان العبد من حيث النفس آدمي مكلف خلق معصوما قال رحمه الله ﴿والمسلم بالذمي﴾ يعني يقتل المسلم بالذمي وقال الشافعي لا يقتل به لما أخرجه علي بن أبي طالب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده الحديث ولنا ما تلونا من كتاب الله وما روينا من السنة فانه باطلاقه يتناوله وقد صح عن عبد الرحمن بن سلمة ومحمد بن المنكدر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل من المسلمين قد قتل معاهدا من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه وقال أنا أولى من وفى بذمته والقصاص يعتمد العصمة على ما ينافي العبد وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف ولان شرط التكليف القدرة على ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا بدفع أسباب الهلاك عنه وذلك بان يكون محرم التعرض ولا نسلم ان الكفر مبيح بنفسه بل بواسطة الحراب ألا ترى ان من لا يقاتل منهم لا يحل قتله كالشيخ الفاني وقد اندفع الحراب بعقد الذمة فكان معصوما بلا شبهة ولهذا يقتل الذمي بالذمي ولو كان في عصمته خلل لما قتل الذمي بالذمي كما لا يقتل المستأمن بالمستأمن وقد قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا وذلك بان تكون معصومة بلا شبهة كالمسلم ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمي ولو كانت في عصمته شبهة لما قطع كما لا يقطع في سرقة مال المستأمن لان المال تبع للنفس وأمر المال أهون من النفس فلما قطع بسرقته كان أولى أن يقتل بقتله لان أمر النفس أعظم من المال ألا ترى ان العبد لا يقطع بسرقة مال مولاه ويقتل بقتل مولاه لما ذكرنا والذي يدلك على ما قلنا ان الذمي لو قتل ذميا ثم أسلم القاتل قبل أن يقتل قتل به فعلم أن المراد به الحربي اذ هو لا يقتل به مسلم ولا ذمي ولا يقال معناه لا يقتل ذو عهد مطلقا أي لا يحل قتله فيكون ابتداء كلام لانا نقول هذا لا يستقيم لوجهين أحدهما ان ذا عهده مفرد وقد عطف على جملة فيأخذ الحكم منها لان المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو أو يقال قتل زيد عمرا وخالد أي كلاهما قام أو قتل ولا يجوز أن يقدر له خبرا آخر والظاهر ان المعنى يأبى ذلك لان المراد بسوق الكلام الاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا الثاني تحقيقا للعطف اذ لا يجوز ذلك البتة في المفرد ألا ترى الى قوله تعالى وما يستوي الاعمى والبصير ان المعنى الاستواء في البصر والعمى لا في كل وصف ولهذا أجري القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة وكذا نقصان حال الكافر بكفره لا يزيل عصمته ولا عبرة به كسائر الاوصاف الناقصة كالجهل والانوثة وكالفسق الى [illegible] بكفره مبيح لقتل بل حرابه هو المبيح وقد ذكرناه غير مرة بخلاف ما ذكر من الملك والاحت من الرشد بانه مبيح بوجوده وأما المبيح [illegible] المذكورة بعارض فأورث شبهة قال رحمه الله ﴿ولا يقتلان بمستأمن﴾ أي لا يقتل المسلم ولا الذمي بحربي دخل دارنا بأمان لان دمه ليس بمحقون على التأبيد فانعدمت المساواة وكذا كفره باعث على الحراب لقصده الرجوع الى دار الحرب ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لوجود المبيح قال رحمه الله ﴿والرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وناقص الاطراف وبالمجنون﴾ يعني يقتل الرجل الصحيح بهؤلاء وهو معطوف على ما تقدم من قوله ويقتل الحر بالحر لا على ما يليه من قوله ولا يقتلان بمستأمن وانما جرى القصاص بينهم لوجود المساواة بينهم في العصمة والمساواة فيما هي المعتبرة في هذا الباب ولو اعتبرت فيما وراءها لانسد باب القصاص ولظهرت الفتن قال رحمه الله ﴿والولد بالوالد﴾ لما تلونا ورويناه من العمومات ولما ذكرنا من المعاني قال رحمه الله ﴿ولا يقتل الرجل بالولد﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولان الوالد لا يقتل ولده غالبا لوفور شفقته فيكون ذلك شبهة في سقوط القصاص ولان الاب لا يستحق العقوبة بولده لانه سبب لاحيائه فمن المحال أن يكون الولد سببا لافنائه ولهذا لا يقتله اذا وجده في صف المشركين مقاتلا أو زانيا وهو محصن وهذا لان القصاص يستحقه الوارث بسبب انعقد للميت خلافه ولو قتل به كان القاتل هو الابن بنيابة وطول الفرق بين هذا وبين من زنى ابنته وهو محصن فانه يرجم أجيب بان الرجم حق الله على الخصوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب أن يحد اذا زنى بجارية ابنه لانا نقول ثبت له حق الملك بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك قال رحمه الله ﴿والام والجد والجدة كالاب﴾ سواء كان من جهة الاب أو من جهة الام لانه جزؤهم فالنص الوارد في الاب يكون

وارداليهم دلالة فكانت الشبهة شاملة للجميع في جميع صور القتل وقال مالك رحمه الله تعالى ان قتله ضربا بالسيف فلا قصاص
عليه لاحتمال انه قصد تأديبه وان كان ذبحه أو بعج بطنه يجب عليه القصاص لانه عمد لاشبهة فيه ولا تأويل بل جناية الاب أغلظ لان فيه قطع
الرحم فصار كمن زنى بامه حيث يرجم كالاجنبي بالاجنبية والحجة عليه ماروينا وماسيأتي وليس هذا كالزنا بامه لان الاب لوفور
شفقته يجتنب مايضر ولده بل يتحمل الضرر عنه حتى يسلم ولده فهذا هو العادة الفاشية بين الناس فلا يتوهم أن يقصد قتل ولده
فان وجد مايدل على ذلك فهو من العوارض النادرة فلا يتغير بذلك القواعد الشرعية الاترى ان السفر لما كان فيه المشقة غالبا
كان له ان يترخص برخصة المسافرين فلا يتغير ذلك بما يمضي فيه لبعضهم من الراحة ولا كذلك الزنا قال رحمه الله ﴿ وبعده
وبعده ومكاتبه وامه ولده وبعده ملك بعضه ﴾ يعني لايقتل هؤلاء لما روينا ولانه لووجب القصاص لوجب له كما اذا قتله غيره
ولا يجوز له ان يوجب على نفسه عقوبة وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه لما بينا والقصاص لايتجزأ فيسقط في البعض
لا يجوز له ملك البعض فيسقط في الكل لعدم التجزي قال رحمه الله تعالى ﴿ وان ورث قصاصا على أبيه سقط ﴾ لما ذكرنا ان
الابن لايستوجب العقوبة على أبيه وصورة المسئلة فيما اذا قتل الاب أخا امرأته ثم ماتت امرأته قبل ان يقتص به فان ابنه يرث
القصاص الذي لها على أبيه فيسقط لما ذكرنا كما اذا قتل امرأته وليس لها ابن الا ابنها منه فسقط القصاص قال رحمه الله ﴿ وانما
يقتص بالسيف ﴾ وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقتص بمثل ماقتل ان قتله بفعل مشروع وان قتله بغير فعل مشروع كاللواطة يتخذ
له خشبة ويفعل به كما فعل ولنا مارواه سفيان من قوله عليه الصلاة والسلام لاقود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغير
السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل هذا الا تصور انه يدل كلام واحد على نفي شئ واثباته معا والحق ان
يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا كما اشار اليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به
صاحب الكافي والكفاية حيث قالا واما قوله عليه الصلاة والسلام لاقود الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة
رضي الله تعالى عنهم وقال في النهاية فان قيل يحتمل ان يكون المراد من الحديث لاقود يجب الا بالسيف لا ان يكون معناه لاقود
يستوفى الا بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون مايجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب بغير السيف
كالقتل بالنار والابرة فلم يمكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما السيف مخصوص بالاستيفاء اه ومارواه
كان مشروعا ثم نسخ كما نسخت المثلة أو يكون اليهودي ساعيا في الارض بالفساد فيقتل كما يراه الامام ليكون أردع وهذا هو
الظاهر ولان اليهودي كان أخذ المال الاترى الى ماروي في الخبر عن أنس بن مالك انه قال عدا يهودي على جارية فأخذ ماعليها
الحديث وهذا شأن قطاع الطريق وهذا يقتل بأي شئ شاء الامام ويؤيد هذا المعنى ماروي أنه عليه الصلاة والسلام قتل اليهودي بخلاف
ما كان قتل به الجارية والاستيفاء اما أن يكون بحكم الارث أو الملك أو بحكم السلطنة والولاية والمستحق للقصاص والدية الورثة مثل
ماتستحق ماله على فرائض الله تعالى يدخل في ذلك الزوج والزوجة والوارث يقوم مقام المورث في استحقاق كل ما كان له من
الأملاك والحقوق الا ان الدية تجب حقا للميت ابتداء حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم تجب للورثة بطريق الخلافة والوراثة عند
أبي حنيفة رضي الله عنه حتى لو أقام واحد من الورثة البينة على القصاص لا يملك ان يقتص وحده ولا ينفرد أحدهم بالاستيفاء اذا
كانوا كبارا حتى يجتمعوا الا ان يأذنوا لانه ليس الاستيفاء مع غيبة الباقين يؤدي الى ابطال حق الباقين في الاستيفاء وكذلك ليس
للسلطان استيفاؤه مع الكبير عنده خلافا لهما لهما ان ملك القصاص ثابت في المحل للكل بدليل انهم يملكون الاعتياض
والعفو عنه ويستوي بحكم الملك عن الاختيار ولو مات أحدهم يورث نصيبه وهذه فوائد الملك وثمراته وملك الصغير معصوم محترم
وأثر العصمة ان لايقدر أحد على ابطاله الا بعوض له اذا استيفاؤه مع كونه لا منتظرا يكون تطاما اما انما المدة وهي فوت القود وحفظه
عن نظيره فالفوات اليها اما بجهة الغيبة أو بجهة الموت فان مدة الصغر مديدة فالموت في هذه المدة المديدة غير نادر وتغيب القاتل
نفسه على وجه لايطلع أحد عليه مخافة على نفسه غالب وليس بنادر قال رحمه الله ﴿ مكاتب قتل عمدا وترك وفاء ووارثه سيده فقط
أولم يترك وفاء وله وارث يقتص ﴾ أما الاول وهو ما اذا ترك وفاء ولا وارث له سوى المولى فالمذكور هاهنا قولهما وعن محمد رحمه
الله تعالى لايجب القصاص لان سبب الاستحقاق قد اختلف ولان المولى يستحقه بالولاية ان مات حرا أو بالملك ان مات عبدا
فاشتبه الحال في المستحق لان اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط أصلا كما اذا كان له وارث غير المولى فصار كما لو قال لغيره

تعيين هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا تحل له وطؤها لاختلاف الحكم ولهما أن المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين وهو معلوم ولا معتبر باختلاف السبب لأن السبب لا يراد لذاته وإنما يراد لحكمه فيحصل بخلاف المشهود به لاختلاف حكم السببين ولا ندري بأيهما نحكم ولا تثبت الحل بدون تعيين السبب وأما الثاني وهو ما إذا لم يترك وفاء وله وارث غير المولى فلأنه مات رقيقا لانفساخ الكتابة بموته لا عن وفاء فظهر أنه قتل عبدا عمدا فيكون القصاص للمولى بخلاف ما قبله في المعتق إذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص لأن العتق في البعض لا ينفسخ وبه عاجزا ولأن لا اختلاف في أنه يموت كله أو بعضه ظاهر فاشتبه المستحق فأورث ذلك شبهة كالمكاتب إذا قتل عن وفاء أقول فيه نظر لأنه قد مر من قبل أن الأصل في حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذي لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف الحكم لا يبالي وبه [illegible] كان للمولى القصاص عندهما فيما إذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف تم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسألة معتق البعض إذا مات عاجزا بأن المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بقيته بالملك فلا [illegible] الاستحقاق بسببين مختلفين ولا إفضاء إلى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا إلى الاختلاف في الحكم في أن لا سبيل لاستحقاقه عنده بمجرد اختلاف السبب ثم أقول لعل المراد بقوله بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء فأما إذا كان له وارث غير المولى فيشتبه ذكر بخلاف هذه المسألة في خبر قوله وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار إلى آخره فحينئذ يصح تمام ما جعله المصنف تعليلا بقوله لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز بأن يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتق بالإرث فيكون المستحق راجعين إلى الشخصين فيبتنى باختلافهما للإفضاء إلى المنازعة فتأمل [illegible] واشتراط الوارث وقع اتفاقا لأنه إذا لم يكن له وارث أيضا فالحكم كذلك لو [illegible] وذكر ذلك تنبيها على أنه لا فرق بين أن يكون له وارث أو لم يكن بخلاف المسألة الأولى قال رحمه الله ﴿وإن ترك وفاء ووارثا لا﴾ أي لا يقتص هذا بالإجماع وإن اجتمع المولى والوارث لاشتباه من له الحق لأنه إن مات حرا كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما فالقصاص للوارث وإن مات عبدا كما قال زيد بن ثابت رضي الله عنه فالقصاص للمولى قال ابن قاضي زاده على عبارة الهداية أقول أطلق الوارث ههنا ولم يقيده بالحر وقيده في الصورة الآتية حيث قال وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وكان الأولى أن ينعكس الأمر فإنه إذا كان الوارث ههنا رقيقا فالظاهر أنه يجب القصاص للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف لكون حق الاستيفاء للمولى خاصة إذ لا ولاية للأرقاء على استيفاء القصاص فلم يشتبه من له الحق ههنا وأما إذا كانت الورثة أرقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما إذا كانت ورثته أحرارا لأنه مات عبدا في [illegible] فالتقييد بالأحرار [illegible] الحكم في الأرقاء خلاف ذلك على أن مفهوم المخالفة معتبر [illegible] في الروايات كما تقرر [illegible] أحد الأمور الأربعة التي تمنع عن الإرث كما تقرر في علم الفرائض فلا احتياج إلى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لاستلزامه تكون الرقيق أيضا وارثا وإن أريد بالوارث ههنا من كان من شأنه أن يرث والرقيق كذلك لأنه يرث عند زوال الرق لا من يرث بالفعل فيجد [illegible] التقييد بالحر [illegible] لا يلزم أن لا يتم تقييد الورثة بالأحرار في الصورة الآتية أيضا مع أنها قيدت بها في الكتاب بل في أصل الجامع الصغير للإمام الرباني قال رحمه الله ﴿وإن قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن﴾ لأن الراهن لا يليه لما فيه من إبطال حق المرتهن في الدين لأنه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن في الدين بهلاك الرهن بلا بدل وليس للراهن أن يستوفي بنفسه فيؤدي إلى بطلان حق الغير وذكر في العيون والجامع الصغير لفخر الإسلام أنه لا يثبت لهما القصاص وإن اجتمعا بخلاف المكاتب الذي ترك وفاء ووارثا ولكن الفرق بينهما ظاهر فإن المرتهن لا يستحق القصاص لأنه لا ملك له ولا وفاء ولا يشتبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما بينا وفي العيون العبد المرهون إذا قتل عمدا فإن اجتمعا على القصاص فلهما أن يقتصا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويكون المستوفي هو الراهن وقال محمد وزفر لا قصاص وعلى القاتل القيمة وفي المنتقى روى هشام عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يؤخذ من القاتل قيمته ويكون رهنا مكانه وروى ابن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنهما إذا اتفقا على القصاص وقيمته أقل من الدين أو مثله فلهما ذلك وإن اختلفا فلهما قيمته ويكون رهنا مكانه ثم على قول أبي يوسف إذا اجتمعا على القصاص سقط الدين عن المرتهن في الرواية الظاهرة وإن اجتمعا على أخذ القيمة يرجع المرتهن على الراهن بدينه كالعبد الموصى بخدمته ولو قال المؤلف وإن قتل عبد فيه حقان [illegible] لأنه [illegible] حتى يجتمعا لكان أولى وأخصر أما

كونه

كونه أولى فإنه يشمل العبد الموصى برقبته لإنسان وبخدمته لآخر وعبد دفع أو فدي وما حققه ابن أمير حاج أنه إذا كانا مالكين فلا بد من اجتماعهما وكونه أخصر أظهر وقولنا إنسان ليصرح العبد المبيع المقتول قبل القبض كما سيأتي وفي فتاوى الفضلي الموصى به إذا قتل قبل أن يقبل الموصى له الوصية فلا قصاص للوارث ولا للموصى له لأن استحقاقه مات قبل قبول الموصى له ثم بعد ذلك ينظر إن قبل الموصى الوصية رجع على القاتل بقيمته ولا يرجع الورثة بذلك والموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر إذا قتل عمدا فلا قصاص فيه إلا أن يجتمعا وفي الكبرى إن استحقا بطل حق صاحب الخدمة ويستوفيه صاحب الرقبة وإن لم يرض صاحب الخدمة فإنه تجب القيمة على القاتل ويشترى بها عبدا آخر ويكون حاله مثل حال الأول وفي القدوري قال أبو يوسف العبد المهور إذا قتل قبل قبض المرأة وبدل الخلع إذا قتل قبل قبض الزوج وبدل الصلح عن دم العمد إذا قتل في يد الغاصب عمدا فإن شاء المالك اقتص من القاتل وإن شاء ضمن الغاصب قيمة عبده ثم يرجع الغاصب على القاتل وإن قتل العبد المبيع قبل القبض فالقصاص للمشتري إن أجاز البيع لأنه المالك وإن نقض فللبائع لأن البيع ارتفع وظهر أنه المالك وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وفي العيون وفي فتاوى الفضلي العبد المبيع إذا قتل قبل القبض عمدا خير المشتري بين المضي والرد فإن اختار المضي فله أن يقتص ولكن لا يكون له الاستيفاء إلا بعد نقد الثمن فقد يوردا إجازة البيع بعد الموت هنا ولو رد المشتري المبيع فللبائع أن يقتص في قول أبي حنيفة وإذا أدى الثمن قال أبو يوسف لا يقتص البائع وعند محمد تجب القيمة في الوجهين لاشتباه المستحق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رجل قطع يد عبد رجل أو شجه رجل ثم إن المولى باعه ثم رد عليه بعيب بقضاء قاض أو وهبه المولى من إنسان ثم رجع في الهبة بقضاء أو بغيره ثم مات العبد من الجناية فإن مولى العبد يرجع على الجاني بجميع قيمته وفي نوادر بشر عن أبي يوسف لو أن أمة قطعت يدها خطأ وباعها المولى من إنسان على أنه بالخيار وردت على المولى فماتت عنده من القطع فعلى القاطع قيمتها تامة وإن كان القطع عمدا درأت القصاص استحسانا وفي نوادر داود بن رشيد عن محمد عبد قطع رجل يده ثم مات ثم اختلف القاطع والمولى في قيمته يوم التلف فقال القاطع كانت قيمته يوم القطع ألف درهم فالقول قول القاطع فإن غرم ذلك أو لم يغرم حتى تلفت اليد ومات فعلى قاطع اليد وعاقلته الدية وأما النفس فلا يصدق واحد منهما عليها فيغرم القاتل قيمة النفس يوم تلفت ويكون على العاقلة ألف وخمسمائة منها أرش اليد رجل فقأ عيني عبد وقطع الآخر رجله أو يده وبرئ وكانت الجناية عمدا فعليهما قيمته أثلاثا ويأخذان العبد فيكون بينهما على قدر ذلك وكذلك لو كانت جراحة من اثنين هذا جراحة وهذا في عضو جراحة وهذا في عضو يستغرق ذلك القيمة كلها فإنه يدفعه إليهما ويغرمان القيمة على قدر أرش جنايتهما ويكون بينهما على ذلك وإن مات منهما والجناية خطأ فعلى كل واحد منهما أرش جراحته على حدة من قيمة عبد صحيح وما بقي من النفس عليهما نصفان وإن علم أن إحدى الجراحتين قبل الأخرى وقد مات منهما فعلى الجارح الأول أرش جراحته من قيمته صحيحا وعلى الجارح الثاني أرش جراحته من قيمته مجروحا الجراحة الأولى وما بقي من قيمته فعليهما نصفان وإن برئ منهما والجراحة الأخرى تستغرق القيمة والأولى تستغرق القيمة فعلى الأول أرش جراحته وعلى الثاني أرش جراحته وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رجل جنى على عبد رجل مختوما ورجل آخر جنى عليه مختومين وكان بغير إذن المولى فمات من ذلك كله فعلى صاحب المختوم ثلث القيمة وعلى صاحب المختومين ثلثا القيمة وهو قول أبي حنيفة وفي نوادر هشام عن أبي يوسف رجل قتل رجلا فجاء رجل وادعى أنه عبده وأقام البينة وشهدوا أنه كان عبده فأعتقه وهو حر اليوم فإن كان له وارث قضى لوارثه بالقصاص في العمد وبالدية في الخطإ وإن لم يكن له وارث فلمولاه قيمته في الخطإ والعمد وفي الذخيرة عبد مقطوع اليد جاء إنسان وقطع رجله إن قطع من هذا الجانب فعلى القاطع نقصان قيمة العبد المقطوعة يده وإن قطعها من الجانب الآخر فعليه نصف قيمة العبد المقطوع يده وفي مختصر الكافي وعلى هذا البائع إذا قطع يد العبد المبيع قبل التسليم إلى المشتري فيسقط نصف الثمن ولو كان العبد مقطوع اليد فقطع البائع يده الثانية قبل التسليم يغرم النقصان ويسقط من المشتري بقدره من الثمن حتى لو انتقص ثلث لسقط ثلث الثمن وكذلك لو كان مكان قطع اليد فقء العين وفي الظهيرية ولو كان العبد مقطوع اليد فقطع إنسان يده الأخرى كان على قاطع اليد الثانية نقصان قيمته مقطوع اليد قال رحمه الله ﴿ولأب المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه﴾ يعني إذا قتل رجل قريبا للمعتوه فلولي المعتوه استيفاء القصاص وله أن يصالح لأن له تمام الشفقة والرأفة وله ولاية على المعتوه فقام مقامه ولأن في الصلح منفعة المعتوه قال جمهور الشراح هذا إذا صالح على مثل الدية أما إذا صالح على أقل من الدية

لم يجز ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبي المعتوه عن دم قريبه مطلقا الا به قول
وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من الدية عملا باطلاقه ولانه لما جاز صلحه على المال لانه أنفع
للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل بالقليل والكثير ألا ترى ان الكرخي قال في مختصره
واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال أو
كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو ارش الجراحة أو أكثر الى هنا لفظ صاحب العناية أقول نظره ساقط جدا لان لأصحاب
التخريج من المشايخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه والله
تعالى أعلم أما لفظ فلان القصاص شرع للتشفي ودرك الثار وكل ذلك راجع الى النفس لولايته ولايه على نفسه فيليه كالانكاح
بخلاف الاخ وأمثاله حيث لا يكون لهم استيفاء قصاص وجب للمعتوه لان الاب لوفور شفقته جعل له التشفي الحاصل للابن ولهذا
يعد ضرر ولده ضررا على نفسه وأما العفو فلا يصح لان فيه ابطال حقه بلا عوض ولا مصلحة فلا يجوز وكذلك ان قطعت يد المعتوه
عمدا لما بينا والوصي كالاب في جميع ماذكرنا الا في القتل فانه لا يقتل لان القتل من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه
و يدخل تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف اذا لم يسر القود في النفس وذكر في كتاب
الصلح ان الوصي لا يملك الصلح في النفس لانه فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لا يملك الاستيفاء وجه المذكور هنا وهو المذكور في الجامع
الصغير ان المقصود من الصلح المال والوصي يتولى التصرف فيه كما يتولى الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص
بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك فيها
مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالمال فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فيه والقاضي بمنزلة الاب فيه في الصحيح ألا ترى
ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه وهذا أولى والصبي كالمعتوه لما عرف في موضعه قال رحمه الله
﴿والقاضي كالاب والوصي يصالح فقط والصبي كالمعتوه﴾ يعني ان القاضي يملك استيفاء القصاص في الصغير الذي لا ولي له وهو
قول المتأخرين من أصحابنا وذكر الناطفي انه لا يملك والوصي يملك الصلح ولا يملك استيفاء القصاص هذا الكلام فيما اذا كان
المجني عليه مولى الصغير أو المعتوه فلو جني صغيرا ومجنون على نفس أو طرف وأراد الاب أن يصالح عن ذلك فله ذلك وقوله والوصي
يصالح فقط هذا اذا كان القصاص في النفس وأما اذا كان في الاطراف ففي رواية الاصل ليس له ذلك وعلى رواية الجامع الصغير
له ذلك وذكر شيخ الاسلام انه يملك ذلك على وجه الاستحسان وقوله والصبي كالمعتوه يعني ولي الصبي يملك ما قدمناه في ان ولي
المعتوه ... اذا ثبت القتل عليه ثم جنى القاتل قال محمد في القياس يقتل وفي الاستحسان تؤخذ منه الدية قال رحمه الله
﴿ولـ... من كبار صغار﴾ يعني اذا كان القصاص مشتركا بان قتل رجل وله أولاد كبار وصغار فللكبار أن يقتلوا القاتل
... عند أبي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولان الكبار ليس لهم
ولاية على الصغار حتى يستوفوا حقهم فتعين التأخير كما لو كان الكل كبارا وفيهم كبير غائب أو كان أحد الوليين غائبا في العبد
المشترك بخلاف ما اذا عفا الكبير حيث صح عفوه وان ابطل حق الصغير في القصاص فانه يبطل بعوض خلفه كلا ابطال ولابي حنيفة
ماروي ان عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليا قتله به وكان في أولاده صغار وكان بحضرة من الصحابة من غير نكير فدل على
الاجماع ولهذا لو استوفى بعض الاولياء القتل بنفسه لا يضمن شيأ ولو لم يكن له ذلك لضمن كما لو قتل من وجب عليه القصاص أجنبي
فافترقا بخلاف ما اذا كان بين الموليين وأحدهما صغير لان سبب الملك أو الولاء وهو غير متكامل ٧ وفي مسئلتنا القرابة وهي متكاملة
قال الشارح ولانه حق لا يتجزى لان سببه وهي القرابة لا تتجزى أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزي سبب القصاص وهو القرابة
على عدم تجزي القصاص نفسه فيه خفاء لان العقل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف والظاهر ان القرابة
التي لا تتجزى كما انها سبب لاستحقاق القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاق الدية في القتل الخطا مع انا
لا نشك ان الدية تتجزى لانها مال والمال يتجزى بلا ريب فالاظهر في بيان كون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي
ومعراج الدراية تقريرا لدليل الامامين وهو ان القتل غير متجزئ ثم ان بعض الفضلاء طعن في قولهم ههنا ان سبب القصاص هو
القرابة حيث قال كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة اه أقول نعم السبب للزوج والزوجة هو الزوجية وفي العتق

والمعتقة

والمعتقة هو الولاء دون القرابة الا ان الظاهر ان قولهم ههنا وهو القرابة انما هو بناء على التغليب لكون أولياء القتيل في الاكثر قرابة وانما بناء على انهم أرادوا بالقرابة ههنا الاتصال الموجب للارث دون حقيقة القرابة فيعم الكل وفيما نحن فيه الخلاف يكون القصاص بين الأخوين فلو كان بين الأب والأولاد الصغار أو بين الجد والأولاد الصغار فللأب والجد أن يستوفي القصاص بالاجماع وفي الجامع هذه المسألة على وجهين اما أن يكون القتل عمدا أو خطأ فان كان خطأ فان كان الشريك الكبير أبا الصغير كان له أن يستوفي جميع الدية حصة نفسه بحكم الملك وحصة الصغير بحكم الولاية وان كان الشريك الكبير أخا أو عما لم يكن وصيا للصغير يستوفي حصة نفسه ولا يستوفي حصة الصغير وان كان القتل عمدا ان كان الشريك الكبير أبا كان له أن يستوفي القصاص بالاجماع وان كان الشريك الكبير أجنبيا بأن قتل عبد هو مشترك بين أجنبيين أحدهما صغير والآخر كبير ليس للأجنبي أن يستوفي القصاص بالاجماع وفي المنتقى الا أن يكون الصغير ابنا فيستوفي حينئذ وان كان الشريك الكبير أخا أو عما فعلى قول أبي حنيفة له أن يستوفي القصاص قبل بلوغ الصغير وعلى قولهما ليس له ذلك حتى يبلغ الصغير وعلى هذا الاختلاف اذا كان الشريك الكبير معتوها أو مجنونا والكبير أخو المعتوه أو عمه وأراد السلطان أن يستوفي حصة الصغير مع الكبير لا شك ان على قول أبي حنيفة له ذلك وأما على قولهما ليس له ذلك وأجمعوا على ان القصاص اذا كان كله للصغير ليس للأخ الكبير ولاية الاستيفاء والعبد المشترك بين صغير وكبير اذا قتل عمدا حتى وجب القصاص فأراد الكبير أن يستوفي القصاص بعض مشايخنا قال انه على الخلاف وبعضهم قال لا يستوفيه الكبير بالاجماع رجل له عبدان قتل أحدهما الآخر عمدا فالمولى أن يستوفي القصاص من القاتل ذكره محمد في آخر عتاق الأصل في باب جناية الرقيق قال رحمه الله ﴿وان قتله بمر يقتص ان أصابه الحديد والا لا كالخنق والتغريق﴾ هذا اذا أصابه بحد الحديد من غير خلاف وان أصابه بظهرها أو بالعود لا كالخنق والتغريق فهو على الخلاف الذي ذكرناه في أول الباب والمر عود في طرفه حديدة قال العيني المر بفتح الميم وتشديد الراء وهو خشبة طويلة في رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها ويحفر بها الأرض وبالفارسية تسمى بل قال رحمه الله ﴿ومن جرح رجلا عمدا فصار ذا فراش حتى مات يقتص﴾ يعني اذا جرح انسان آخر فصار المجروح صاحب فراش حتى مات فانه يقتص من الجارح لأن الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة أو البرء منه قال رحمه الله ﴿وان مات بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد نصف الدية﴾ لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا في الدنيا معتبرا في الآخرة حتى يأثم به وفعل زيد معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس هدر مطلقا ومعتبر مطلقا ومعتبر من وجه دون وجه وهو فعله بنفسه فيكون الثابت فعلا واحدا فيجب على زيد ثلث الدية ثم ان كان فعل زيد عمدا تجب عليه الدية في ماله والا فعلى العاقلة لما عرف في موضعه وفي المبسوط وغيره المشاركة في القتل لا يخلو اما أن يشارك القاتل من لا يكون فعله مضمونا أو يشاركه من يكون فعله مضمونا فان شاركه من لا يكون فعله مضمونا كالسبع والبهيمة والحربي والمرتد أو يجرح انسان نفسه ثم يجرحه آخر أو قطع الامام يد السارق في سرقة ثم قطع آخر يده أو يجرحه ومات فلا قصاص على القاتل بالاجماع وان شاركه من يكون فعله مضمونا كالخاطئ والصبي والمجنون فلا قصاص على واحد منهما ولو كان مكان العمد خطأ تجب دية واحدة ولو جرحه رجلان عامدا ثم مات أحد الجارحين ثم مات المجروح أو رمى رجلان الى آخر فمات أحدهما ثم أصاب السهمان فمات من ذلك هل يجب القصاص على الحي قال بعضهم يجب لأن فعل كل واحد منهما موجب وقال بعضهم لا يجب لأن فعل أحدهما انما ينعقد موجبا بعد الاصابة ولم ينعقد أحدهما موجبا فصار كرجلين قتلا رجلا أحدهما بالسيف والآخر بالعصا يقضى بالدية على عاقلة صاحب العصا والقصاص على صاحب السيف وفي المبسوط أصله ان النفس متى تلفت بجنايات ووجب المال فانه ينظر ان تلفت بجنايات بني آدم فالعبرة فيها لعدد الجاني ولا عبرة بعدد الجنايات في حق الضمان حتى لو جرح واحد عشر جراحات خطأ وجرحه آخر واحدة خطأ فالدية عليهما نصفان لأن فعل الانسان في نفسه معتبر لأنه لا ينقلب عن حكمه في الدنيا وهو القصاص والدية أو الاثم في الآخرة فاعتبر عدد الجاني لا عدد الجنايات لأن كل جناية تصلح أن تكون سبب الموت لو انفردت والعلة لا تترجح بالزيادة من جنسها فاعتبر الكل جناية واحدة واذا تلفت بجنايات البهائم وبجنايات بني آدم فلا عبرة بعدد الجنايات لأن فعل البهائم هدر أصلا لأنه لا يناط به حكم فاعتبر جنايات البهائم كلها كجناية واحدة لأن حكم الكل واحد وهو الهدر وهذا كرجل به جروح ودماميل

فإنه لو جرحه رجل آخر فمات من الكل ضمن الجارح نصف الدية وربع النصف سقط عنه اعتبار عدد الفاعل لأنه مهدر
ولو قطع رجل يده وأصابه حجر فشجه وعقره كلب وكسر رجله وأنه شيء فعلى القاطع نصف الدية لأن النفس تلفت بجنايات
أربع ٧ واحدة فصار كأنها تلفت بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة ولو قطع يده رجل وجرحه آخر وجرح هو أيضا نفسه
وافترسه سبع ضمن القاطع ربع الدية والجارح ربعها لأن النفس تلفت بجنايات أربع بجنايتين من بني آدم وجنايته هدر
وواحدة من غير بني آدم هي مهدرة فقد تلف بجناية كل واحد من الأجنبيين ربعه وسنبين بيانه قال رحمه الله ﴿ومن شهر
على المسلمين سيفا وجب قتله﴾ ولا شيء بقتله لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أبطل دمه ولأن دفع
الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم يمكن دفعه إلا به ولا يجب على القاتل شيء لأنه صار باغيا بذلك وكذا إذا أشهر على رجل
سلاحا فقتله أو قتله غيره دفعا عنه ولا يجب به شيء لما بينا ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار في المصر أو خارج المصر لأنه
لا يلحقه الغوث بالليل ولا في خارج المصر وكان له دفعه بالقتل حتى إن ما إذا كان في المصر نهارا وفي النوادر يقتل ويصلى عليه
وعن الثاني يقتل ولا يصلى عليه قال رحمه الله ﴿ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا في المصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلا
أو نهارا في غير مصر فقتله المشهور عليه لا شيء عليه﴾ لما بينا من المعقول قال رحمه الله ﴿ومن شهر عصا نهارا في مصر
فقتله المشهور عليه قتل به﴾ لأن العصا لا تلبث والغوث غير منقطع في المصر فكان بالقتل معتديا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
تعالى ظاهر لأنه ليس كالسلاح عنده وفي قولهما يحتمل أن يكون على الخلاف المذكور في العمد لأنه كالسلاح عندهما حتى يجب
القصاص بالقتل به ويحتمل أنه وفاق حملا على زمان المتقدم أما اليوم إذا شهر عليه عصا في مصره فلا شيء عليه لأن الناس تركوا
الإعانة والغوث قال رحمه الله ﴿وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية﴾ وعلى هذا الصبي والدابة
وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى لا تجب الدية في الصبي والمجنون وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يجب الضمان في الكل لأنه قتله دافعا
عن نفسه فصار كالعاقل وهذا لأنه مضطر ولا يبالي قبل فعله كان قاتله أولى ولا فيملك ركوب الدابة ولو كان مأمورا بأن يراه في
وجوب الضمان كما إذا شهر سيفه على رجل فقتله فإنه لا يجب الضمان وكذا إذا صار كما إذا صال على الحرم وله ولأبي يوسف
أن فعل الصبي والمجنون غير معتبر أصلا حتى لا يعتبر في حق جواز الضمان لأن جناية العجماء جبار وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة
الدابة لحق المالك فكان فعلهما مسقطا العصمة فلا يضمن الدابة بخلاف الصيد إذا صال على المحرم أو صيد الحرم
على الحلال لأن الشارع أذن في قتله ولم يوجب عليه شيئا إذا قتله ألا ترى أن الخمس الفواسق أباح قتلها مطلقا لتوهم الأذى منها
... الدابة لم أذن فيجب الضمان وكذا عصمة ... قتله لحق نفسه وفعله محظور فيسقط به عصمته
... لأنه غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا ولا يسقط العصمة لعدم الاختيار الصحيح ولهذا يجب القصاص
على الصبي والمجنون ... ولم يسقط كان قصده أن يجب القصاص لأنه قتل نفسا معصومة إلا أنه لا يجب القصاص لوجود المبيح
وهو دفع الشر فتجب الدية قال رحمه الله تعالى ﴿ولو ضربه الشاهر فضربه فقتله الآخر قتل القاتل﴾ معناه إذا شهر رجل
على رجل سلاحا فضربه الشاهر فانصرف ثم إن المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص لأن
الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما مثل ما كان لأن حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فإذا رجع على وجه لا يريد ضربه
ثانيا اندفع شره ولا حاجة إلى قتله لاندفاع شره بدونه فعادت عصمته فإذا قتله بعد ذلك فقد قتل رجلا معصوما ظلما فيجب عليه
القصاص قال رحمه الله ﴿ومن دخل عليه غيره ليلا فأخرج السرقة فتبعه فقتله ولا شيء عليه﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل
دون مالك أي لأجل مالك ولأن له أن يقتله بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به انتهاء إذا لم يقدر على أخذه منه ولو علم أنه لو صاح عليه
طرح ماله فقتله مع ذلك يجب عليه القصاص لأنه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص
لأنه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضي ولا يسقط عصمته بخلاف السارق والذي لا يندفع بالصياح والله تعالى أعلم

﴿باب القصاص فيما دون النفس﴾

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس لأن الجزء يتبع الكل قال رحمه الله تعالى
﴿يقتص بقطع اليد من المفصل وإن كانت يد القاطع أكبر وكذا الرجل ومارن الأنف والأذن﴾ لقوله تعالى والجروح قصاص أي

دون قصاص لقوله تعالى والسن بالسن والقصاص ينبئ على المماثلة فكل ما أمكن فيه رعاية المماثلة يجب فيه القصاص وما لا فلا
وقد أمكن في هذه الأشياء التي ذكرناها ولا عبرة بكبر العضو لأنه لا يوجب التفاوت في المنفعة وإذا قلنا إن المدار على التساوي
في المنفعة فلا تقطع اليمنى باليسرى ولا الصحيحة بالشلاء ولا يد المرأة بيد الرجل ولا يد الحر بيد العبد وقيده بقوله من المفصل لأنه
لو قطع ذلك من غير المفصل لا قصاص فيه وفي النوادر روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنه إذا قطع شحمة أذنه يقتص
منه وإن قطع نصف أذنه وكان يقدر أن يقتص مثل ذلك اقتص منه لأن شحمة الأذن لها حد معلوم وللأذن مفاصل معلومة
فإذا قطع منها شيء يعلم أن القطع من أي المفصل أمكن القصاص وكذلك إذا قطع غضروف الأذن قطعا استطاع فيه القصاص
اقتص منه يفعل ذلك بحديدة أو بغير حديدة وإن جذب أذنه فانتزع شحمته لا قصاص فيه وعليه الأرش في ماله وإن كان أذن
القاطع سكاء أي صغيرة الخلقة وأذن المقطوع صحيحة كبيرة كان بالخيار إن شاء ضمنه نصف الدية وإن شاء قطعها على صغرها
وكذلك لو كانت أذن القاطع مقطوعة أو خرماء أو مشقوقة كان المقطوع بالخيار وإن كانت الناقصة هي المقطوعة كان له حكومة
عدل لا قصاص فيه وفي نوادر ابن سماعة عن محمد ولو قطع المارن وهو أرنبة الأنف ففيها القصاص وإن قطع من أصله لا قصاص عليه
لأنه عظم وليس بمفصل ولا قصاص في العظم قال أبو حنيفة لو قطع ذكره من أصله أو من الحشفة اقتص منه لأنه أمكن استيفاؤه
على سبيل المساواة إذ له حد معلوم فأشبه اليد من الكوع قال رحمه الله ﴿والعين إن ذهب ضوؤها وهي قائمة وإن قلعها لا والسن
وإن تفاوتا وكل شجة تتحقق فيها المماثلة﴾ لقوله تعالى والعين بالعين يعني لو ضرب العين فأذهب ضوءها وهي قائمة يجب القصاص
لأنه أمكن بأن تحمى لها المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتشد عينه الأخرى ثم تقرب المرآة من عينه بخلاف ما إذا انقلعت
حيث لا يقتص منه لعدم إمكان رعاية المماثلة وكانت هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله تعالى عنه فشاور الصحابة فقال
علي رضي الله تعالى عنه يجب القصاص فبين إمكان الاستيفاء بالطريق الذي ذكرناه ثم هما لم يعتبرا الكبر والصغر حتى أجرى
القصاص في الكل باستيفاء الكل واعتبر الشجة في الرأس إذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهي لم تستوعب رأس الشاج
فثبت للمشجوج الخيار إن شاء اقتص وأخذ بقدر شجته وإن شاء أخذ أرش ذلك لأن ما لحقه من الشين أكثر لأن الشجة
المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شينا من الشجة التي لم تستوعب ما بين قرنيه بخلاف قطع العضو فإن الشين فيه لا يختلف وكذا
منفعته لا تختلف فلم يمكن إلا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه وإذا انقلعت لا يجب حيث لا يمكن المماثلة إذ لا قدرة لنا أن نفعل به
كما فعل من غير زيادة ولا نقصان فلهذا لا يجب القصاص وفي الهداية ولو قلع السن من أصله يقلع الثاني تماثلا قال صاحب الكافي
وعامة شراح الكتاب في هذا المقام ولو قلع السن من أصله لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما تفسد به المماثلة ولكن تبرد
بالمبرد إلى موضع أصل السن وعزاه الشارح إلى المبسوط أقول أسلوب تحريرهم ههنا مختل فإن أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر
في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسألة على خلاف ما ذكر في الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب
إما بالقبول وإما بالرد فكأنهم لم يروا أصلا نص القول الذي نقلته ههنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من
النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشراح كيف وقد أخذه صاحب الوقاية فذكره في متنه حيث قال ولا قود في عظم إلا في
السن فتقلع إن قلعت وتبرد إن كسرت وكان ما أخذه متن الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه وكذا ذكره في كثير من المتون
ثم إن التحقيق ههنا أنه إذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصا أم يبرد بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم فيه روايتان كما أفصح عنه
في المحيط البرهاني حيث قال إن كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا
بالاتفاق وإن كانت الجناية بقلع سن ذكر القدوري أنه لا يقلع سن القالع ولكن يبرد سن القالع بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم
ويسقط الباقي وإليه مال شمس الأئمة السرخسي وذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه يقلع سن القالع وإليه أشار محمد في الجامع
الصغير حيث ذكر بلفظ النزع والنزع والقلع واحد وفي الزيادات نص على القلع إلى هنا لفظ المحيط وأما الشفتان ففي كل واحدة
منهما نصف الدية إن كان خطأ وأما إذا كان عمدا فذكر الطحاوي في شرحه عن الإمام إذا قطع شفة رجل السفلى أو العليا وكان
يستطاع أن يقتص منه بقدر ما فعل يجب القصاص وإن قطع بعضه لا يجب ويقتص العليا بالعليا والسفلى بالسفلى وقوله والسن
إن تفاوتت يعني يجب قلع السن بالسن إذا أمكنت المماثلة وإن تفاوتا في الصغر والكبر والأولى وفي المنتقى إذا أراد أن يقلع سن آخر

فله أن يقتله إذا كان في موضع لا يعينه الناس وفي الذخيرة ومن أراد أن يبرد سن آخر فليس له أن يقتله وإن كان لا يعاث وفي
الأصل ينبغي أن يؤخذ الضرس بالضرس والثنية بالثنية والناب بالناب ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى وفي الخلاصة الحاصل
أن النزع مشروع والأخذ بالبرد احتياط وفي الجامع الصغير وإذا كسر سن إنسان وسن الكاسر أكبر يقتص منه وكذلك في القلع
ولا قصاص في السن الزائدة وإنما فيها حكومة عدل وإذا كسر سن إنسان والسن المكسورة مثل ربع سن الكاسر يقتص منه
ولا يكون على قدر الصغر والكبر بل يكون على قدر ما كسره من السن وفي الحاوي فإن كان سن المنزوع أطول وأعظم لم يكن له
إلا القصاص وإن كسر إن كان مستويا يمكن استيفاء القصاص منه اقتص منه بمبرد وإن لم يكن مستويا ولا يستطاع أن يقتص كان
عليه أرشه وفي الخلاصة وإن كسر ثلث السن غير مستو بحيث لا يستطاع أن يقتص منه فعليه أرش ذلك في كل سن خمس من الإبل
أو من البقر وفي المنتقى إذا كسر من سن رجل طائفة منها انتظر بها حولا فإذا تم الحول لم يكمل فعليه القصاص تبرد بالمبرد ويطلب
لذلك طبيب عالم أو يقال له أو ينبئنا كم ذهب منها فإن قال ذهب منها النصف يبرد من سن القالع النصف وفيه أيضا إذا كسر من رجل
بعضها أو سقط ما بقي فإن أبا يوسف كان يقول يجب القصاص وفي القدوري لا قصاص في المشهور وروى الحسن بن زياد عن أبي
حنيفة إذا نزع الرجل سن رجل فسقطت نصفها فعليه نصف أرشها ولا قصاص في ذلك فإن نبتت بيضاء تامة ثم نزعها آخر ينتظر بها
سنة فإن نبتت وإلا اقتص منه ولا شيء على الأول وقال ابن أبي مالك قال أبو يوسف يجب عليه فإن نبتت صفراء فعليه حكومة عدل
وقال ابن سماعة في السن إذا نزعت ينتظر بها سنة فإن لم تنبت اقتص منه وفي جامع الفتاوى في الإملاء يقتص من ساعته وإن نبتت
صفراء ففيها حكومة عدل وروى ابن مالك عن أبي حنيفة في السن إذا نزعت ينتظر بها البرء ثم يقتص من الجاني وفي شرح
الطحاوي إذا كسر بعض سن إنسان عمدا ثم اسود الباقي بذلك أو احمرت أو اخضرت أو دخلها عيب بوجه من الوجوه فلا قصاص
ويجب الأرش في مال الجاني وبهذه الرواية تبين أن ما ذكره القاضي الإمام صدر الإسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير فإذا كسر
بعض سن إنسان واسود الباقي يجب فيها حكومة عدل ليس بصحيح ولو قال المجني عليه أنا أستوفي القصاص في المكسور وأترك
ما اسود فليس له ذلك وإذا ضرب سن إنسان فتحرك ينتظر فيه حولا فإن احمر أو اخضر أو اسود تجب الدية كاملة في مال الجاني وإن
اصفر اختلف المشايخ فيه هكذا ذكر شيخ الإسلام في شرحه قال بعضهم يجب كمال أرش السن كما في الأسود والأحمر وقال بعضهم
يجب حكومة عدل وذكر شيخ الإسلام أحمد الطواويسي في شرحه أن هذا الفصل اختلاف الروايات وروي عن أبي يوسف
أنه يلزمه كمال الأرش كما في الأسود وعن محمد أنه قال ينظر في ذلك فإن كان يلحقه من الشين بسبب الاصفرار ما يلحقه من الشين
بسبب الاسوداد يلزمه كمال الأرش وإلا فبقدر الشين وعن أبي حنيفة أنه يلزمه حكومة عدل وذكر القدوري أن هشاما روى
عن محمد عن أبي حنيفة أن سن الحر إذا اصفرت فلا شيء وإن كان عبدا ففيه حكومة عدل وعن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن
فيه الحكومة وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن الصفرة إذا اشتدت حتى صارت كالخضرة ففيها كمال الأرش وإن كانت
دون ذلك ففيها الحكومة ثم إن محمدا أوجب كمال الأرش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الأضراس التي لا ترى
أو من العوارض التي ترى قالوا ويجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل إن كان السن من الأضراس التي لا ترى إن فاتت منفعة
المضغ بالاسوداد يجب الأرش كاملا وإن لم تفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة عدل وإن كان السن قائمة من العوارض التي ترى
وتظهر من الإنسان فيجب كمال الأرش بالاسوداد وإن لم تفت منفعته وفي الينابيع ولو ضرب سن إنسان فتحركت سنه الأخرى
جاء للقاضي ليظهر أثر فعله فإن أجله القاضي حولا وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فقال المضروب من ضربك وقال الضارب
لا بل من ضرب رجل آخر فالقول للمضروب وإن جاء بعد السنة واختلفا فالقول للضارب ولو لم تسقط لا شيء على الضارب وعن
أبي يوسف أنه تجب حكومة عدل في الألم وفي شرح الطحاوي ومن ضرب رجلا حتى سقط أسنانه كلها وهي اثنان وثلاثون
سنا منها عشرون أضراس وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فإن عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم
ستة عشر ألفا في السنة الأولى ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من ثلاثة أخماس الدية وفي السنة الثانية ثلث الدية وفي
السنة الثالثة وهي ما بقي من الدية والثلاثة أخماس وإذا قلع الرجل سن رجل خطأ ثم نبتت فلا شيء على القالع عند علمائنا وروي
عنهما في النوادر أنه يجب الأرش والصحيح ما قلنا لأن القياس يأبى وجوب الأرش بالقلع وإن لم ينبت لأن المتلف ليس بمال

ولكنا

ولكنا تركنا القياس بالنص وانما أوجب النص الارش اذا لم تنبت مكانه أخرى فاذا نبتت مكانه أخرى يبقى على أصل القياس
فاذا نبتت أخرى سوداء بقي الارش على حاله واذا نزع سن رجل عمدا وانتزع المنزوع سنه سن النازع ثم نبتت سن الاول
فعلى الاول ارش سن الثاني ولو نبتت معوجا يجب حكومة عدل وان نبتت سوداء جعل كأنها لم تنبت وفي الكافي ولو قلع سن
غيره فردها صاحبها الى مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع كمال الارش وقال الشافعي في قول عليه الضمان بخلاف ما لو قطع
شعرة رجل فنبتت مكانها أخرى حيث لا يسقط الضمان السماني ذكر في المبسوط ولو قلع سن رجل فنبتت كما كانت فلا
شئ عليه في ظاهر الرواية ويرجع على الجاني بقدر ما يحتاج اليه من ثمن الدواء وأجرة الاطباء وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول
لا يجب شئ وفي الينابيع وقال أبو يوسف لو نبتت سن البالغ بعد القلع لا يسقط الارش بل تلزمه الدية كاملة بخلاف سن الصبي
وقال أبو حنيفة لا شئ في سن الصبي وقال أبو يوسف فيها حكومة عدل واذا لم تنبت يجب فيها الارش كاملا واذا قلع الرجل
ثنية رجل عمدا واقتص له من ثنية القالع ثم نبتت ثنيته لم يكن للمقتص له ان يقلع تلك الثنية التي نبتت ثانيا ومثله لو نبتت ثنية
المقتص له ولم تنبت ثنية المقتص منه غرم المقتص للمقتص منه ارش ثنيته قال في الاصل اذا قلع الرجل سن رجل فأخذ المقلوع
سنه وأثبتها في مكانها فثبتت فقد كان القلع خطأ فعلى القالع ارش السن كاملا قال شيخ الاسلام وهذا اذا لم يعد الى حالته
الاولى بعد الثبات في المنفعة والجمال والعالب أن لا يعود الى تلك الحالة واذا تصور عود الجمال والمنفعة بالاثبات لم يكن على القالع
شئ كما لو نبتت السن المقلوع قال في الاصل اذا نزع ثنية رجل وثنية الجاني سوداء فالمجني عليه بالخيار وعلى نحو ما ذكرنا في
مسئلة العين وتفريع هذه المسئلة على نحو تفريع مسئلة العين وفي السغناقي عن أبي يوسف فيما اذا قلع سن رجل بالغ ثم نبتت
مكانها أخرى يجب حكومة العدل لمكان الالم فيقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة ولو نزع ثنية
رجل وثنية النازع سوداء ولم يتخير المجني عليه شيأ حتى سقطت السن السوداء ونبتت مكانها أخرى صحيحة فقد بطل حق المجني
عليه وفي الكافي وكذا اذا لم يكن للقالع ثنية حين قلع ثم نبتت فلا قصاص له وله الارش ولو قلع رجل ثنية رجل وثنية القالع
مقلوعة فنبتت ثنيته بعد القلع فلا قصاص فيه وللمقلوع ثنيته ارشها وفي المجرد عن أبي حنيفة اذا نزع سن انسان ينبغي للقاضي
ان يأخذ ضمينا من النازع ثم يؤجله سنة من النزع فاذا مضت سنة ولم تنبت اقتص منه وعلى هذا اذا ضرب انسان انسانا
واسود السن فقال الضارب انما اسودت من ضربة حدثت فيها بعد ضربتي فالقول للمضروب استحسانا هكذا ذكر المسئلة في
الاصل وهكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف وفي المنتقى في الباب الاول من الجنايات رواية الحسن عن أبي حنيفة في عين
هذه الصورة أن القول قول الضارب وليس هذا في شئ من الجنايات الا في السن للاثر وفي النوازل سئل عن رجل ضرب
على وجه رجل فتناثرت أسنانه كلها قال يجب لكل سن دية خمسمائة قال الفقيه ان كانت جملتها اثنين وثلاثين يجب عليه ستة
عشر ألفا وان كانت أسنانه ثلاثين فعليه خمسة عشر ألفا ولو كانت ثمانية وعشرين فعليه أربعة عشر ألفا وفي السراجية في
سن الرجل خمسمائة وفي سن المرأة نصف ذلك وفي الفتاوى أمره بنزع سنه ثم اختلفا فقال الآمر أمرتك بغير هذا فانه قال
القول قول الآمر مع يمينه فاذا حلف فارش السن على عاقلة المأمور أو في ماله لا رواية في هذا وفي المنتقى قالوا وليس في نفس الآدمي
شئ من الاعضاء ديته زائدة على دية النفس الا الاسنان رجلان قاما في اللعب ليتصارعا بالوكز يعني ..... درن حارل .
فركب أحدهما الآخر وكسر سنه فعلى الضارب القصاص ولكن بالشرائط التي قلنا لان هذا عمد والمسئلة كانت واقعة الفتوى
على هذا وفي الظهيرية ولو قال كل واحد منهما ..... درن فوكز أحدهما صاحبه لا شئ عليه وهو الصحيح بمنزلة قوله اقطع يدي
فقطعها واذا قلع سن صبي وأخر حولا فمات الصبي قبل تمام الحول فلا شئ على الجاني في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف فيه حكومة
عدل وفي الكبرى قال فيه حكومة عدل واذا ضرب سن رجل فاسود سن الرجل ثم جاء آخر ونزعها فعلى الاول تمام ارشها وفي
الثانية خمسمائة وعلى الثاني حكومة عدل واذا نزع سن رجل وسن الثاني سوداء أو صفراء أو حمراء أو خضراء والنزع كان عمدا
يخير المجني عليه ان شاء اقتص منه وان شاء ضمنه أرش سنه خمسمائة وان كان المعيوب سن المجني عليه فله حكومة عدل ولا يقتص
منه لسنه وفي الخانية ولو ضرب سن انسان فاسودت وسن الجاني سوداء أو حمراء أو خضراء أو صفراء كان المجني عليه بالخيار
ان شاء ضمنه وان شاء استوفى القصاص ناقصا وفي الكبرى ولو نزع سن رجل فنبتت نصفها فعليه نصف أرشها وان نبتت صفراء

وفيها حكومة عدل قال رحمه الله ﴿ولا قصاص في عظم﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص في العظم وقال عمر وابن مسعود لا قصاص في عظم إلا في السن وهذا هو المراد بالحديث وهو موضوع صاحب الكتاب ولأن القصاص ينبني على المساواة وقد تعذر اعتبارها في غير السن واختلف الأطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من أنكر أنه عظم لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق بينه وبين سائر العظام لأنه ليس بعظم فلعل صاحب الكتاب ترك السن لذلك لأنه لم يدخل تحت الاسم ولهذا لم يستثنه في الحديث ولئن قلنا إنه عظم فالفرق بينه وبين سائر العظام أن المساواة فيه ممكنة بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذلك إن قلع سنه فإنه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فلربما تفسد لثته وإنما يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن كذا ذكر في النهاية معزيا إلى الذخيرة والمبسوط قال رحمه الله ﴿وطرفي رجل وامرأة وحر وعبد وعبدين﴾ أي لا قصاص في الطرف بين الرجل والمرأة قوله وطرف رجل وامرأة إلى آخره ٧ فإن قيل سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الأطراف وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس فإن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل ولا يد عبد بحر والجواب أنا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي شائعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الأكمل كذا في العناية ولا مماثلة بين طرفي الذكر والأنثى للتفاوت بينهما في القيمة بتقويم الشارع ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين للتفاوت في القيمة وإن تساويا فيها فبالظن فصار شبهه مع القصاص فإن قيل إن استقام عدم المماثلة في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لإمكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين أجيب بأن التساوي إنما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك كالمماثلة في الأموال الربوية بخلاف طرفي الحرين لأن استواءهما متيقن بتقويم الشرع وبخلاف الأنفس لأن الإتلاف فيها متعلق بإزهاق الروح ولا تفاوت فيه قال صاحب الكفاية فإن قيل قوله تعالى والعين بالعين والأذن بالأذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستأمن والعام إذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روي عن عمران بن حصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص اهـ أقول فيه نظر أما أولا فلأنه قد تقرر في علم الأصول أن النص العام إذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيا في الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد وأما إذا خرج من النص العام شيء بما هو منفصل عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا في الباقي بل يكون باقيا على حاله الأولى ولا شك أن خروج الحربي والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد وقد مر منا غير مرة نظير هذا النظر في محاله وأما ثانيا فلأن حديث عمران بن حصين إنما يفيد عدم جريان القصاص في الأطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيما بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فيبقى الاعتراض بإطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين ولم يتم الجواب قال رحمه الله ﴿وطرف الكافر والمسلم سيان﴾ أي مثلان فيجري القصاص بينهما للتساوي في الأرش وقال الشافعي لا يجري لما ذكرنا من أصله قال رحمه الله ﴿وقطع يد من نصف ساعد وجائفة برئت ولسان وذكر إلا أن تقطع الحشفة﴾ أي لا قصاص في هذه الأشياء لعدم المماثلة فيها لأن في القطع من نصف الساعد كسر العظم ويتعذر التساوي فيها إذ لا ضابط له وفي الجائفة البرء نادر فلا يمكن أن يخرج الثاني جائفة على وجه يبرأ منه فيكون إهلاكا فلا يجوز والذكر واللسان ينقبضان وينبسطان ولا يمكن اعتبار المماثلة فيهما إلا أن يقطع من الحشفة لأن موضع القطع معلوم فيصار إليه وعن أبي يوسف أنه إذا قطع من أصلها يجب بخلاف ما إذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيه قال في الينابيع إذا قطع اليد من العضد والرجل من الفخذ فعندهما فيه الدية وما فوق الكعب والقدم فيه حكومة عدل وعند أبي يوسف ما فوق الكعب والقدم مع الأصابع وفي الخلاصة دية اليد تجب مؤجلة في سنتين ثلثاها في السنة الأولى والباقي في السنة الثانية وإذا كسر يد عبد رجل أو رجله لا يجب في الحال شيء ولو قطع أصغر أنملة وفي يده شلاء لا قصاص بالإجماع وقال أبو حنيفة في الأقطعين والأشلين أنه لا قصاص وهو قول أبي يوسف في رواية الحسن عنه وكذلك مقطوع الإبهام أو الأصابع كلها إذا قطع إنسان يده فلا قصاص في قول أبي حنيفة أنه لا قصاص فيه وفيه حكومة عدل ولو كسر عظما من ساعد أو ساق أو غيره ففيه حكومة عدل وفي ثدي المرأة دية كاملة للولاد كذا في الكتب وفي كسر الصلب دية كاملة إن منعه عن الجماع

٧ لعل هنا كلاما ساقطا وإلا فالكلام غير مستقيم تأمل

وأحدبه فأما إذا لم يحدبه ولم يمنعه من الجماع فهذا على نوعين إما أن يبقى للجراحة أثر ففيه حكومة عدل ولم يجب كمال الدية وأما إذا
لم يبق لها أثر لم يجب فيه شيء وقد مر هذا فيما تقدم وفي الظهيرية وكذا إذا كسر المرأة إذا انكسر وانقطع الماء منه ففيه الدية وفي الصلب
إذا دق لكن يقدر على الجماع ففيه حكومة عدل وإن لم يقدر وصار أحدب ففيه دية كاملة وإن عاد إلى حاله ولم ينقص ولكن فيه
أثر الضرب ففيه حكومة عدل وإن لم يكن فيه أثر فلا شيء فيه في قول أبي حنيفة وعندهما تجب أجرة الطبيب وفي الذكر كمال الدية
وفي ذكر الخصي حكومة عدل سواء كان يتحرك أو لا يقدر الخصي على الوطء أو لا يقدر وعلى هذا الخلاف ذكر العنين
وأما ذكر الشيخ الكبير إن كان يتحرك ولا يقدر على الوطء فالجواب فيه كالجواب في ذكر الخصي وذكر العنين وفي التهذيب
وفي ذكر الخصي والعنين حكومة عدل وهو ما يرى القاضي بمشورة أهل البصيرة وقيل يقوم أن لو كان عبدا مخصيا أو غيره فتجب
نسبة النقصان من ديته كما لو نقص عشر القيمة تجب عشر الدية والأول أصح وفي التجريد المرأة إذا أفضاها وصارت لا تستمسك
البول والغائط أو أحدهما ففيه دية كاملة وفي الأنثيين كمال الدية وإذا قطع الحشفة تجب كمال الدية فإن قطع باقي الذكر فإن كان
قبل تخلل البرء تجب دية كاملة ويجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة وإن تخلل بينهما برء فيجب كمال الدية في الحشفة وحكومة
العدل في الباقي وإذا قطع الذكر والأنثيين من الرجل الصحيح خطأ إن بدأ بقطع الذكر ففيه ديتان وفي التجريد بدو كذا إذا قطعهما
من جانب واحد ولو بدأ بقطع الأنثيين ثم بالذكر ففي الأنثيين الدية كاملة وفي الذكر حكومة عدل وإن قطعهما من جانب الفخذ
معا فعليه ديتان وفي المحيط وفي الأنثيين إذا قطعهما مع الذكر جملة واحدة في حالة واحدة تجب عليه ديتان دية بإزاء الذكر ودية بإزاء
الأنثيين وإذا قطع الذكر أولا ثم الأنثيين تجب ديتان أيضا لأن بقطع الذكر قطع منفعة الأنثيين وهي إمساك المني فأما إذا قطع
الأنثيين أولا ثم الذكر تجب الدية بقطع الأنثيين وتجب بقطع الذكر حكومة العدل وفي الأليتين إذا قطعتا خطأ كمال الدية
وفي الظهيرية وفي أحدهما نصف الدية وفي المنتقى عن محمد إذا قطع إحدى أنثييه وانقطع ماؤه ففيه نصف قال ولا نعلم ذهاب الماء
إلا بإقرار الجاني فإذا قطع الباقي من إحدى الأنثيين يجب نصف الدية ولم يذكر في الكتاب الحكم في العمد والظاهر أنه يجب في
الأنثيين القصاص حالة العمد وفي الرجلين كمال الدية في الخطأ وفي أحدهما نصف الدية وفي كل أصبع من أصابع الرجلين عشر الدية
وفي الرجل في العمد القصاص إذا قطع من مفصل القدم أو من مفصل الركبة أو من مفصل الورك وإن قطعت من غير المفصل لا يجب
القصاص وفي الذخيرة وكذلك الحكم في أصابع الرجلين إن قطعت من المفصل عمدا يجب القصاص وإذا قطع الرجل خطأ من نصف
الساق تجب الدية لأجل القدم وحكومة العدل فيما وراء القدم والكلام فيه نظير الكلام في اليد إذا قطعت من نصف الساعد
وإن كسر فخذه فبرئت واستقامت فلا شيء عليه وفي قول أبي يوسف حكومة عدل وذكر أبو سليمان عن محمد في كتاب الخراج
قال أبو حنيفة ما انكسر من إنسان يدا أو رجلا أو غير ذلك وبرئ وعاد كهيئته فليس فيه عقل وإن كان فيه نقص بأن برئ العظم
وبقي فيه ورم ففيه من عقله بحساب ما نقص وكذلك في جراحة الجسد إذا برئ وعاد كهيئته فليس فيه شيء ولو كان في شيء من ذلك
شلل ففيه حكومة عدل إلا الجائفة فإن فيها ثلث دية النفس وإذا طعن برمح أو غيره في دبره وصار لا يستمسك الطعام في جوفه ففيه
الدية وإذا ضرب فسلسل بوله وصار بحال لا يستمسكه ففيه الدية وإذا ضرب فقطع فرج امرأة وصارت بحال لا يمكن جماعها ففيه
الدية وفي الينابيع وكذا لو قطع فرجها من الجانبين حتى وصل إلى العظم وإن قطع أحدهما ففيه نصف الدية وفي فتاوى سمرقند
فإن جامع امرأة لا يجامع مثلها فماتت فعلى عاقلته ديتها وفي جنايات المنتقى إذا جامع امرأة فأفضاها حتى لا تستمسك البول ولا شيء
عليه وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف إن كانت لا تستمسك البول فعليه الدية في ماله وإن كانت تستمسك فعليه ثلث الدية
وفي الكبرى وإن كانت بحيث تستمسك ففيها ثلث الدية وفي فتاوى الخلاصة رجل جامع صغيرة لا يجامع مثلها فماتت فإن كانت
أجنبية فالدية على العاقلة وإن كانت منكوحته فالدية على العاقلة والمهر على الزوج ولو أزال بكارة امرأة بالحجر أو غيره تجب المهر
وفي الينابيع وإن زنى بها مطاوعة وأفضاها فلا شيء عليه عندهما وقال أبو يوسف تجب الدية على عاقلته وفي الينابيع وإذا ضرب
امرأة فأفضاها وصارت بحيث لا تستمسك فإن كانت بكرا تجب جميع الدية ولا يجب المهر عندهما وقال محمد رحمه الله يجمع بينهما
وفي التجريد وقال أبو يوسف وإذا وطئ امرأة بشبهة فأفضاها وصارت لا تستمسك البول تجب الدية ولا مهر لها وقال محمد لها
المهر والدية ولو دق عنقها أو بدنها من الوطء فأرش ذلك في ماله لأنه قد يتبع على جسدها وفي الجامع يتعمد ذلك فهذا مسه عمد

وعن أبي يوسف عن محمد رجل جامع امرأة ومثلها يجامع فماتت من ذلك فلا شيء عليه وقال أبو يوسف اذا جامع امرأة فذهب
مسلكاهما أو أفضاها ان ماتت فهو ضامن وقال محمد يضمن في هذا كمال الافضاء والقتل في الجماع وهو قول أبي حنيفة فيما حكى
عن هشام عن محمد قال وهو قول أبي يوسف وعن الفقيه أبي نصر الدبوسي اذا دفع أجنبية فوقعت وذهبت عذرتها فعلى الدافع
مهر مثلها والتعزير وعن الشيخ الامام أبي حفص الكبير سئل عمن دفع امرأة فذهبت عذرتها ثم طلقها قبل الدخول بها
كان عليه نصف المهر في قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف عليه جميع المهر بكر دفعت بكرا أخرى فزالت عذرتها
قال محمد على الدافعة مهر مثل الاخرى قال رحمه الله ﴿ويخير بين الارش والقود ان كان القاطع أشل أو ناقص الاصابع أو كان رأس
الشاج أكبر﴾ فيه مخالفة لقطع شلها ويدانى التخيير لا بل وتعيرت بعد القطع لا يخير كما سيأتي في بيانه وأطلق في الشلاء فشمل
ما اذا كان ينتفع بها أولا فلو قيد في الشلاء فقال شلاء ينتفع بها لكان أولى كما سيأتيه أيضا أما الاول فهو ما اذا كانت يد القاطع
شلاء أو ناقصة الاصابع ويد المقطوع صحيحة كاملة الاصابع فلان استيفاء حقه متعذر فيخير بين ان يتجوز بدون حقه
في القطع وبين ان يأخذ الارش كاملا ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه في الزيادة وقال الشافعي يضمنه النقصان لانه قدر
على استيفاء البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه ولنا ان الباقي وصف فلا يضمن بانفراده فصار كالو تجوز
بالردىء مكان الجيد ولو سقطت يده المعيبة قبل اختيار المجني عليه بطل حقه ولا شيء له عليه فان حقه تعين في القصاص لما
ان موجب العمد القود عينا وحقه ثابت فيه قبل اختياره بخلاف ما اذا قطعت قودا وسرقة حيث يجب عليه الارش وقال الشافعي
يجب عليه الارش في الموضعين لانه لما تعذر استيفاء الحق ظهر انه كان مستحقا عليه بخلاف النفس اذا وجبت على القاتل
فقتل بجناية أخرى حيث لا يضمن وأما الثاني وهو ما اذا كانت رأس الشاج أكبر بان كانت استوعبت ما بين قرني المشجوج
وفي استيفاء ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل وفي استيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج فيتخير
ثم لو اختار القود بدأ من أي الجانبين شاء لان حقه في ذلك المحل وكان له ان يتجوز ولو كانت رأس المشجوج أكبر تخير أيضا
لتعذر الاستيفاء كاملا وفي الصراحية ولا تقطع الابهام بالسبابة ولا بالوسطى والحاصل انه لا يؤخذ شيء من الاعضاء الا بمثله من القاطع
قال محمد في الاصل واذا قطع الرجل يد آخر وفيها ظفر سوداء يجب القصاص وان لم يكن ظفر يد القاطع مسودا لان الاسوداد
لا يوجب نقصانا في منفعة اليد وهي البطش ألا ترى انه لو قطع انسان يده خطأ كان على عاقلة القاطع نصف الدية واذا لم يكن
للاسوداد في الظفر أثر في نقصان دية اليد صار وجود هذا العيب وعدمه بمنزلة اليد الشلاء وان كان نقصانا يوهن في البطش
حتى يجب بقطعها حكومة عدل لا نصف الدية كان بمنزلة اليد الشلاء واليد الصحيحة لا تقطع بالشلاء واذا قطع الرجل يد رجل عمدا
ويد القاطع ناقصة فهذا على وجهين اما أن تكون ناقصة من حيث الصفة ان كانت شلاء أو كانت ناقصة من حيث الاصابع بان كانت
ناقصة أصبع أو أصبعين فان كان النقصان من حيث الصفة فالمقطوع يده بالخيار فان اختار القطع فلا شيء له مع القطع عندهم جميعا
وان شاء لم يقطع وأخذ ديته حتى تصل اليه بدل حقه على الكمال من ماله وكان الشهيد برهان الائمة يقول انما يثبت الخيار للمقطوعة
يده في هذه الصورة اذا كانت اليد الشلاء مما ينتفع بها مع ذلك فاما اذا كانت غير منتفع بها فهي ليست بمحل القصاص فلا يخير
المجني عليه حينئذ بل له دية صحيحة كما لو لم يكن للقاطع يد أصلا وبه يفتى وتفرع المسئلة بعد هذا على حسب ما ذكرنا في العين
والسن المكسورة وكذا لو كان القاطع صحيح اليد عند القطع فشلت يده بعد ذلك لا خيار للمجني عليه بين القصاص والارش
بل يقطع الشلاء أو يترك ولا شيء له وان كانت ناقصة بعد القطع فهذا على وجهين ان كان النقصان حاصلا لا بفعل أحد وان كانت
ناقصة من حيث القدر فكذلك يتخير فان اختار القطع فلا شيء له على القاطع وقال الشافعي رحمه الله يأخذ منه أرش ما كان فائتا
من الاصابع هذا اذا كانت ناقصة وقت القطع فاما اذا انتقصت بعد القطع فهذا على وجهين ان كان النقصان حاصلا لا بفعل أحد
بان سقط أصبع من أصابعه بآفة سماوية فالجواب فيه كالجواب فيما اذا كانت ناقصة وقت القطع وكل جواب عرفته ثم فهو الجواب هنا
وان كان بفعل أحد بان قطع أصبعا من أصابعه ظلما أو قطع القاطع أصبعا أو قضى به حقا واجبا عليه فالجواب فيه كالجواب في اليد
هكذا ذكر شيخ الاسلام في شرحه وفي هذا اشارة الى ان للمقطوع يده الخيار في الفصول كلها غير ان النقصان اذا كان بآفة سماوية
واختار قطع اليد لا شيء له من الارش عنده وذكر شمس الائمة الحلواني في شرحه أنه ان قطع أصبعه بقصاص وجب عليه في الاصبع

والمقطوعة

فللمقطوعة يده الخيار وإن قطع يده شلاء فلا خيار للقاطع وليس له إلا القصاص وأشار إلى الفرق فقال إذا قطع أصبعه قصاصاً فقد قضى بها حقاً مستحقاً عليه وصار مسلماً بعد حق صاحب الحق فيكون له الخيار ولا كذلك ما إذا قطع يده ظلماً وهذا الفرق إشارة إلى أنها لو سقطت بآفة سماوية فلا خيار له ذكر الشيخ خواهر زاده في شرحه أنها إذا ذهبت بقصاص فله الخيار وإذا ذهبت ظلماً أو بآفة سماوية فلا خيار له هذا إذا كانت يد القاطع قائمة وقت القطع فأما إذا كانت شلاء وقت القطع بأن قطع يمين رجل ولا يمين للقاطع فحق المقطوع في الأرش في ماله لأنه لا يجد عين حقه وكان له بدل حقه وإن كانت يد القاطع قائمة وقت القطع ثم فاتت بعد ذلك فهذا على وجهين إما إن فاتت لا بفعله بأن فاتت بآفة سماوية بأن وقعت فيها آكلة وسقطت أو قطعها إنسان ظلماً أو فاتت من جهته بأن قضى حقاً واجباً أو أتلفه بنفسه بأن قطع يمينه فإن فاتت بعد القطع لا بفعله فإنه يبطل حق المقطوع يده وذلك لأن حق المقطوع يده في العين فيفوت حقه بفوات العين كالعبد الجاني إذا هلك وكان لو كان إذا هلك ولا يضمن القاطع شيئاً وإذا قطع المفصل الأعلى من أصبع رجل عمداً أو اقتص منه ثم قطع أحدهما بعد ذلك يد صاحبه عمداً فلا قصاص بينهما وفي النوازل مقطوع الإبهام من يده اليمنى إذا قطع يمين غيره فلا قصاص وقال محمد إذا قطع الرجل أصبع رجل من المفصل ثم قطع يد آخر وبدأ باليد ثم قطع الأصبع وذلك كله من يد واحدة بأن كان في اليمنى أو في اليسرى وحضر صاحب الأصبع والمقطوعة يده وطلبا من القاضي القصاص فإن القاضي يقطع أولاً لصاحب الأصبع ثم يخير صاحب اليد فإن شاء قطع الباقي لحقه ولا شيء له من أرش الأصبع وإن شاء لم يقطع يده وكان له دية اليد في ماله فرق بين هذا وبين ما إذا قطع يمين رجلين ثم جاءا أو طلبا حقهما من القاضي فإن القاضي لا يبدأ بأحدهما بل يقضي لهما بالقصاص في يمينه ودية في ماله عند الذي ذكرنا إذا كان صاحب الأصبع وصاحب اليد حاضرين فأما إذا كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فإن كان الحاضر صاحب الأصبع فإنه يقطع الأصبع له وإن كان الحاضر صاحب اليد فإنه يقطع له وإذا جاء صاحب الأصبع بعد ذلك فإنه يأخذ أرش الأصبع من ماله ولو قطع رجل أصبع رجل من المفصل الأعلى ثم آخر قطع من المفصل الأوسط ثم آخر قطع أصبعاً أخرى من المفصل السفلى وذلك كله في أصبع واحدة فهذا على وجهين إما أن يكون أصحاب الأصابع حضوراً أو بعضهم غائباً فإن كان الكل حضوراً وطلبوا من القاضي حقهم فإن القاضي يقطع من المفصل الأعلى لصاحب المفصل الأعلى وإن كان صاحب الأسفل والأوسط ثابتاً إذ على لأنهما لا حق لهما في قطع المفصل الأعلى الأعلى بل الشركة لأن القاطع لم يضع السكين على المفصل من أصابعهما وإنما وضع على صاحب المفصل الأعلى فهو حق صاحب الأعلى من كل وجه ثم حق صاحب المفصل الأوسط وإنما وضع على صاحب المفصل الأوسط من كل وجه لأن حقه كان في مفصلين لأن الفائت مفصلان ٧ فبفوات أحدهما يتخير كما يخير صاحب اليد بعد ما قطع الأصبع لصاحب الأصبع فإن شاء قطع من القاطع مفصله الوسطى ولا شيء له من دية الأصبع وإن شاء لم يقطع وضمنه ثلث دية الأصبع لأنه فوت عليه من أصبع مفصلين فيضمن ثلث دية الأصبع وإن حضر أحدهم وغاب الآخران فإن كان الحاضر صاحب المفصل الأعلى يقطع فإن قطع المفصل الأعلى له ثم حضر الآخران فالأمر فيه على الوجه الذي ذكرنا فإن اختارا القطع لم يضمن لأحدهما شيئاً وإن قطع كف رجل من مفصل ثم قطع لآخر مرفقه وكانا حاضرين فقد بدأ بحق صاحب الكف وفي الكافي قطع يمين رجلين فقطع أحدهما إبهامه وقطع الآخر كفه فعلى قاطع اليد خمسة آلاف درهم لقاطع الإبهام أربعة آلاف ولقاطع الكف ألف درهم وإن بدأ الأجنبي فقطع أصبعاً من أصابعه أو أصبع ثم قطع أحد صاحبي القصاص بعد ذلك أصبعاً من أصابع اليدين ثم جاء الأجنبي فقطع أصبعاً من أصابع القاطع ثم إن الذي لم يقطع شيئاً من أصابع القاطع قطع الكف وعلم الأصبع فإن القاضي يقضي على القاطع بدية يده وأخذ بعينها الذي أخذ الكف وبدية أرباع للذي قطع الأصبع ولا يضمن الأصبع الذي قطعه الأجنبي فلو قطع أحد صاحبي القصاص فأما حكماً فإن اجتمع صاحب القصاص على قطع الكف مع الأصبعين فالدية المأخوذة بينهم يسهم لقاطع الأصبع والآخر الخمسة أرباعها وفي الجامع الصغير رجل قطع يد رجل من المفصل وليس في الكف إلا أصبع واحد ففيه عشر الدية فإن كان فيه أصبعان فخمس ولا شيء في الكف وقالا ينظر إلى أرش الأصبع والكف فيكون عليه الأكثر ويدخل القليل في الكثير سئل أبو يوسف ومحمد عن رجل قطع يد رجل خطأ ثم قطع رجله من خلاف خطأ ماذا يجب عليه فقالا يجب عليه دية كاملة لكل عضو نصفها وفي الجامع الصغير الحسامي رجل قطعت يده فقيس له من اليد ثم مات يقتل المقتص منه وعن أبي يوسف أنه لا يقتص

﴿فصل﴾ لما كان صور الصلح بعد تصور الجناية أتبع الصلح ذلك في فصل على حدة قال رحمه الله ﴿وإن صولح على مال وجب حالا وسقط القود﴾ يعني إذا صالح القاتل أولياء المقتول على مال عن القصاص سقط القصاص ووجب المال حالا قليلا كان المال أو كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية ولقوله عليه الصلاة والسلام أولياء المقتول بين خيرتين أن يأخذوا المال أو يقتلوا القاتل بخلاف حق القذف فإنه حق الله تعالى فلا يجري فيه العفو ولا التعويض وبخلاف ما إذا كان القتل خطأ حيث لا يجوز بأكثر من الدية لأنه دين ثابت في الذمة فيكون أخذ أكثر منه ربا وإنما وجب حالا لأنه دين وجب بالعقد والأصل في مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لأنها لم تجب بالعقد وإنما وجبت بسقوط القود ولأنه موجب العقد ولأنه لم يرض ببدل المال إلا مقابلا به فيتوفر عليه مقصوده وهو الحال وقوله وإن صولح الخ أطلق في العبارة فشمل ما إذا كان المقتول متعددا والقاتل واحدا قبل القضاء بالقصاص أو بعده والإطلاق في محل التقييد لا ينبغي ولو قال وإن صالح في واحد قبل القضاء بالقصاص أو بعده إلى آخره كان أولى لأن في قولنا في واحد يخرج ما إذا كان المقتول متعددا والقاتل واحدا أو حصل العفو وقولنا قبل القضاء أو بعده يفيد أنه إذا كان المقتول واحدا فالعفو يسقط القصاص قبل القضاء وبعده بخلاف ما إذا كان المقتول متعددا على تفصيل يأتي بيانه قال رحمه الله ﴿وتنصف إن أمر الحر القاتل وسيد القاتل رجلا بالصلح عن دمهما على ألف ففعل﴾ معناه لو كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحر القاتل ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل المأمور فالألف على الحر والعبد نصفان لأنه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فيقسم بدله عليهما بالسواء ولأن الألف وجبت بالعقد وهو مضاف إليهما فينصف موجبه وهو الألف عليهما قال رحمه الله ﴿فإن صالح أحد الأولياء من حظه على عوض أو عفا فلمن بقي حظه من الدية﴾ لأن كل واحد منهم متمكن من التصرف في نصيبه استيفاء وإسقاطا بالعفو وبالصلح لأنه يتصرف في خالص حقه فينفذ عفوه وصلحه فيسقط به حقه من القصاص ومن ضرورة سقوط حقه سقوط حق الباقين أيضا فيه لأنه لا يتجزأ ألا ترى أنه لا يتجزأ ثبوتا فكذا سقوطا وفي عبارة المصنف قصور من وجهين الأول أنه يقال صالح عن كذا وذكر في الكتاب كلمة من الثاني قوله من نصيبه يوهم تجزؤ القصاص وقد قدمنا أنه لا يتجزى قال الشارح بخلاف ما لو قتل رجلين وعفا أولياء أحدهما حيث يكون لأولياء الآخر قتله لأن الواجب فيه قصاصان لاختلاف القاتل والمقتول فسقوط أحدهما لا يسقط الآخر ألا ترى أنهما يثبتان ثبوتا وكذا سقوطا بخلاف ما نحن فيه فإذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا لأنه تعذر استيفاؤه فيجب المال كما في الخطأ فإن سقوط القصاص فيه لمعنى في القتل وهو كونه محلا ولا يجب للعافي شيء لأنه أسقط حقه المتعين بفعله ورضاه بلا عوض بخلاف شركائه لعدم ذلك منهم فينقلب نصيبهم مالا والورثة في ذلك كلهم سواء وقال مالك والشافعي لا حق للزوجين في القصاص ولا في الدية لأن في الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت وقال ابن أبي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص لأن سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد ألا ترى أن الوصي لا يثبت له حق في القصاص لأن المقصود في القصاص التشفي والانتفاع وذلك يختص به الأقارب الذين ينصر بعضهم بعضا ولهذا لا يكون أحدهما عاقلة الآخر لعدم التناصر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فلورثته الحديث والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال وأمر عليه الصلاة والسلام بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم ولأن القصاص حق يجري فيه الإرث حتى إذا قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الابن وبين ابن الابن فيثبت كسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما كما في حق الإرث أو يثبت الإرث مستندا إلى سببه وهو الجرح وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث والدية حكمها حكم سائر الأموال ولهذا لو أوصى بثلث ماله تدخل الدية فيه والقصاص بدل النفس كالدية فيورث كسائر أمواله ولهذا لو انقلب مالا يقضي به ديونه وينفذ به وصاياه واستحقاق الإرث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة لا بالعقد ألا ترى أنه لا يرتد بالرد بخلاف الوصية ولهذا تبين أن الاستحقاق ليس بالعقد بل بالعقد ولا يلزم من عدم التناصر وعدم العقل عدم الإرث للقصاص ألا ترى أن النساء من الأقارب لا يعقلن ويرثن القصاص والدية أقرب منه إذ المرأة لا تعقل عنها أبناؤها الكبار ويرثونها قال رحمه الله ﴿ويقتل الجمع بالمفرد﴾ لما روي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر به وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولأن القتل بطريق التغالب والقصاص شرع حكمة الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به فيجري القصاص عليهم جميعا تحقيقا لمعنى الإحياء

ولولا ذلك لبطل باب القصاص وفتح باب التغالب إذ لا يوجد القتل من واحد غالبا لأنه يقاومه الواحد فلم يقدر عليه فلم يحصل إلا نادرا
والنادر يشرع فيه ما يغلب لا فيما يندر قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لأن المعتبر في
القصاص المساواة لما أن الزيادة من الظلم على المعتدي وفي النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد
في شيء هذا يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد وأيد هذا القياس قوله
تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن ترك هذا القياس بما روي أن سبعة من أهل
صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به انتهى كلامه أقول فيه بحث
لأنه صرح بأن هذا القياس متأيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس
فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذا لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لأن عمر إن
كان منفردا في قضائه وقوله المزبورين فظاهر لأن قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن
الرجحان عليه وإن انضم إليه إجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الإجماع كما صرح به
في العناية وغيرها فكذلك إذ قد تقرر في أصول الفقه أن الإجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا
لشيء منهما فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما هو مقتضى القياس
في هذه المسئلة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجيء منا الكلام في التوفيق
بينهما بعيد هذا القول إن شاء الله تعالى قالوا القتل بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجب تحقيقا لحكمة
الإحياء قال صاحب العناية لقائل أن يقول ما ذكرتم من المعقول إن لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع
وإن كان فلا بد من القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى أن النفس بالنفس والجواب أنه قياس سائر أبواب العقوبات
المرتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويرجح على ذلك بقوة الباطن وهو إحياء كلمة الإحياء وقوله تعالى أن النفس
بالنفس لا ينافيه لأنهم في إزهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم كشخص واحد اهـ كلامه أقول فيه نظر
لأن جعل الأشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة شخصا واحدا بمجرد صدور إزهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم
وجعلهم متساوين كشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص
بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل وأيضا ينافي هذا ما سيأتي في تعليل المسئلة الآتية من أن الأصل أن كل واحد منهم
قاتل بوصف الكمال الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص
والحق عندي ههنا أن يقال إن قوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة إذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس
بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتل النفس بما في قوله تعالى والعين بالعين
والأنف بالأنف ونحوهما وأما أنه هل تتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل والمقتول فإنما يستفاد ذلك
من دليل آخر ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظرا
إلى ظاهر إطلاقه بل إنما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا ههنا فتدبر قال رحمه الله ﴿والفرد بالجمع اكتفاء﴾ يعني إذا قتل واحد
جماعة يقتل بهم يعني إذا حضر الأولياء وطلبوا يقتل بهم وقال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى يقتل بالأول فقط ولنا أنه لو قتل كل واحد
منهم بوصف الكمال فيقتل بهم لحصول التماثل وفي الحاوي قتل رجلا فقيل له لم قتلت فلانا فقال قد كان ذلك مكتوبا
في اللوح المحفوظ ثم قال آخر لم قتلت غلامي فقال قتلت عدوي يقتل وفي المحيط وإذا قتل واحد رجلين يقتص بهما ولا يلزمه الدية
لأن بقتله صار كل واحد منهما مستوفيا حقه على الكمال لأن حق كل واحد منهما في عدم الحياة وبقتل الواحد حصل لهما
انعدام الحياة معنى لما بينا وإن حضر أحدهما والآخر غائب كان للحاضر أن يستوفي القصاص لأن كل واحد في إتلاف كل
النفس واستيفاء النفس لمكان الراحة ولا مزاحمة هنا لأن حق الحاضر قد ظهر عند القاضي وحق الغائب لم يظهر وصار كأحد
الشفيعين إذا حضر فقضي له بالجميع فكذا هذا ولو كان قطع اليدين لهما فقطع لأحدهما والمسئلة بحالها فللآخر دية يده
بخلاف القصاص بالنفس إذا قضي لأحدهما وقتله لم يجب للآخر شيء لأن فوات حقه في الاستيفاء يكون بسبب التصور في المحل

فإنهما إذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد منهما مستوفيا حقه على الكمال ولا يجب معه الدية وأما في الطرف فوات حقه بسبب
ضرورة في المحل لا يصير عين إيفاء حق كل واحد منهما فيجب الضمان ولو عفا أحدهما قبل القضاء بالقصاص أو الدية بطل حقه واقتص
للآخر لأن المزاحمة قد انقطعت بالعفو فبقي حق الآخر في الكل وإن عفا بعد القضاء بالقصاص وصالح ولي المقتول فالدية بينهما
ولو قتل وقطع اليد من آخر وأخذ الدية فللساكت دية اليد عند محمد وقالا للساكت أن يقطع اليد على أن لهما حق استيفاء
القصاص في يد واحدة واستيفاء دية واحدة ولا قصاص مع وجود الموافقة والملائمة وانعدام المنازعة والمشاجرة ولكنه أقصى
ما يجب لهما وهو أن يجتمعا على القطع وأخذ الدية بينهما فصار الحال بعد القضاء كالحال قبله ولو أخذ الدية على اليد ثم عفا أحدهما
يكون للآخر نصف الدية لأنهما ملكا نصف الدية فيملكاها ومن ضرورة ثبوت الملك في المستوفي أن لا يبقى الحق في اليد فسقط
حق كل واحد منهما في نصف اليد كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد ولا يمكن من استيفاء كل اليد بدون نصيب العافي فبطل
حقه في القصاص فامتنع القطع لأن موجبه الدية في نصيبه كما إذا كان خطأ ولو أخذا الدية كملا ثم عفا أحدهما فللآخر القصاص
لأن الكفالة توقف قال رحمه الله ﴿فإن حضر واحد قتل وسقط حق الغيبة﴾ لموت القاتل حتف أنفه لفوات محل الاستيفاء
فصار كموت العبد الجاني وفيه خلاف الإمام الشافعي لأن الواجب عنده أحدهما على ما بيناه فإن مات أحدهما قضى الآخر لفوات
المحل وقد قدمناه قال رحمه الله ﴿ولا يقطع يدا رجلين بيده﴾ معناه إذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما
وقال الإمام الشافعي تقطع أيديهما ومحل الخلاف فيما أخذا سكينا واحدا من جانب وأمراها على يده حتى انقطعت هو يعتبرها
بالنفس لأن الأطراف تابعة لها وملحقة بها فاتحدت حكمها بخلاف ما إذا أمر أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب حتى
التقت السكينان في الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القصاص فيه على واحد منهما لأنه لم يوجد من كل واحد منهما إمرار السلاح
على بعض العضو ولنا أن كل واحد منهما قاطع للبعض لأن ما انقطع بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الآخر فلا يجوز أن يقطع الكل
بالبعض والاثنين بالواحد لانعدام المساواة فصار كما إذا أمرها كل واحد من جانب الآخر بخلاف النفس فإن شرط فيه المساواة
في العصمة لا غير وفي الطرف يعتبر المساواة في النفع والقيمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والنفس السالمة من العيوب تقتل
بالملوح والمشلول وكذا الاثنان بالواحد فلا يصح القياس على النفس ولأن زهوق الروح لا يتجزأ فأضيف إلى كل واحد كلا
وقطع العضو يتجزأ ألا ترى أنه يمكن أن تقطع البعض ويترك الباقي وفي القتل لا يمكن ذلك ولهذا لو أمر أحدهما السكين على قفاه
والآخر على حلقه حتى التقتا في الوسط ومات منهما يجب القصاص وفي اليد لا يجب ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب مخافة الغوث
لا في القطع لأنه يحتاج إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث بسببها كالنداء ونقول ثبت وجوب القصاص في النفس والإجماع على
خلاف القياس والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها وقوله رجلان مثال وليس بقيد قال في التجريد إذا قطع رجلان يدي رجل
فلا قصاص عليهما وعليهما الدية وكذا ما زاد على هذا العدد في هذا الحكم سواء وقال محمد رحمه الله في الزيادات رجل قطع المفصل
الأعلى من أصبع رجل وبرأ منه ثم عاد وقطع الثاني أيضا ثم اختصما إلى القاضي فالقاضي يقضي على القاطع بالقصاص في المفصل
الثاني هذا الذي ذكرنا إذا قطع المفصل الأعلى وبرئ ثم عاد وقطع المفصل الثاني فإنه يقطع أصبع القاطع من المفصل الأسفل
ويجعل كأنه قطع المفصلين بدفعة واحدة قال مشايخنا قال ما ذكر هنا قولهما أما على قول أبي حنيفة رحمه الله للمقطوع مفصلاه
أن يقطع المفصل الأعلى ثم الأسفل ومنهم من قال هذا قول الكل ولو قطع المفصل الأعلى واقتص من القاطع ثم عاد وقطع المفصل
الثاني وبرئ يجب لوجود المساواة فرق بين هذا وبين رجلين مقطوعي الأصابع قطع أحدهما كف صاحبه لا يقطع كف القاطع
أقول فيه نظر لأن المساواة ممكنة فينبغي أن يقطع لإمكانها فتدبره وكذا إذا كان مقطوعا الكف قطع أحدهما يد صاحبه لا يقطع
يد القاطع ولو قطع من أصبع رجل نصف مفصل وكسر وبرئ ثم قطع ما بقي من المفصل وبرئ فلا قصاص عليه في شيء من ذلك
أما في النصف الأول فلحلول الجناية في العظم وأما في النصف الثاني فلعدم المساواة لأن أصبع القاطع حال ما قطع الثاني من المفصل
صحيحة والأصبع المقطوعة من نصف المفصل ناقصة ولو لم يتخلل بينهما برء يجب القصاص في المفصل ويجعل كأنه قطع المفصل بدفعة
واحدة وكذلك لو قطع الأصابع من رجل وعاد وقطع الكف إن لم يتخلل بينهما برء يجب القصاص في يد كأنه قطع الكل دفعة
واحدة وإن تخلل بينهما برء يجب القصاص في الأصابع وحكومة عدل في الكف وكذا إذا قطع حشفة إنسان خطأ ثم عاد وقطع باقي

الذكر ان كان قبل تخلل البرء تجب دية واحدة وان كان تخلل بينهما برء يجب كمال الدية في الحشفة وحكومة عدل في الباقي ولو قطع المفصل الاعلى من أصبع رجل فقبل البرء قطع المفصل من المفصل الثاني ثم برئ وجب القصاص وجعل كأنه من الابتداء قطع المفصل من المفصل الثاني وهناك لا يجب القصاص بل يجب الارش فهذا كذلك ولو برأ من القطع الاول ثم قطع المفصل من المفصل الثاني يجب القصاص في المفصل الاعلى لوجود الشرط ويجب نصف الارش في الثاني وفي الظهيرية ولو قطع كفه ثم قطع آخر رجله فمات فان كان عمدا اقتص النفس على الثاني ودية القطع على الاول وهذا قول علمائنا الثلاثة وقال زفر ان كان عمدا وان كان خطأ ولم يتخلل البرء فدية النفس عليهما وان قطع أصبع رجل عمدا ثم قطع آخر كفه خطأ فمات يقتص من قاطع الاصبع وعلى عاقلة الآخر دية النفس وقال زفر لا يقتص ولكل واحد منهما نصف الدية واذا ضرب رجل على يد رجل فشلت اليد فعليه دية كاملة وفي النوازل وسئل شداد عن رجل قطع رأس أصبع رجل من مفصله هل يقتص منه فان اقتص منه ثم قطع أحدهما يد صاحبه فقال ليس بينهما قصاص وفي العيون رجل قطع أصبع رجل خطأ ثم جاء آخر وقطع كفه عمدا فمات منهما جميعا في قول الامام لا يجب القصاص وعلى كل واحد منهما نصف الدية وبه قال الامام الشافعي رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع من الكف وعلى عاقلة الذي قطع الاصبع دية الاصبع وفي شرح الطحاوي ومن قطع يد مرتد فأسلم فمات فلا شيء على القاطع ولو قطع يده وهو مسلم فارتد فمات فعليه دية اليد لا غير ولو رجع الى الاسلام ثم مات فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف عليه دية النفس وفي قول محمد عليه دية اليد وكذلك لو لحق بدار الحرب ولم يقض القاضي بلحوقه ثم عاد مسلما فمات تجب دية اليد لا غير وفي شرح الطحاوي ومن قطع من رجل يدا أو رجلا أو أصبعا أو أنملة من أصبع أو ما سوى ذلك مفصلا من المفصل عمدا فعليه القصاص بعد البرء من الجناية ولا قصاص عليه قبل ذلك واذا قطع رجل يد آخر عمدا فان كان القاطع والمقطوع حرين مسلمين أو كتابيين أو أحدهما مسلم والآخر كتابي يجري القصاص بينهما أو كانا امرأتين حرتين مسلمتين أو أحدهما مسلمة والاخرى كتابية أو كانتا ذميتين يجب القصاص ولو كانا عبدين أو أحدهما عبد والآخر حر أو أحدهما ذكر والآخر أنثى فلا قصاص بينهما والارش في ماله حالا هذا كله بيان حكم العمد رجعنا الى بيان حكم الخطأ فنقول وبالله التوفيق في اليدين اذا قطعتا خطأ الدية لفوات جنس المنفعة على الكمال وفي أحدهما نصف الدية ولا تفضل اليمين على الشمال وان كانت اليمين أكثر بطشا من الشمال لان العبرة في الجنايات لجنس المنفعة لا للزيادة وفي اليد اذا قطعت من نصف الساعد دية اليد وحكومة عدل فيما وراء الكف وهو قول الحسن والشافعي روى صاحب الامالي عن أبي يوسف انه لا يجب في الساعد شيء وهو قول زفر ومالك وسفيان والثوري وكذلك على هذا الاختلاف اذا قطع اليد من المرفق أو المنكب فانه يجب في الكف دية اليد وحكومة العدل فيما وراء الكف وعن أبي يوسف ومن تابعه في المسئلة الاولى انه يجب دية اليد لا غير والصحيح قول أبي حنيفة وفي الظهيرية ولو قطع رجل ثلاث أصابع من كف رجل خطأ ثم قطع آخر أصبعين ثم شلت الكف من الجراحتين فعلى الاول دية ما قطع وعلى الثاني دية ما قطع وما بقي من الكف بعد الاصابع فهو نصفان فما يصيب صاحب الاكثر دخل أرش الاقل في الاكثر وأما النصف الآخر ان كان الآخر قطع أصبعين فعليه خمسا دية الاصل وهو عشر الدية وفي الانملة حكومة عدل والظفر اذا نبت كما كان لا شيء فيه وان نبت على عيب فحكومة دون الاولى وفي الينابيع اذا قطع اليد من العضد والرجل من الفخذ ففي كل منهما فيه الدية وما فوق الكف والقدم ففيه حكومة عدل وعند أبي يوسف ما فوق الكعب الى القدم تبع للاصابع واذا كسر يد عبد رجل أو رجله لا يجب في الحال شيء وفي الكافي ولو قطع اليد وفيها ثلاث أصابع فعليه ثلاثة أخماس دية اليد ولا شيء في الكف بالاجماع وقاطع يد لا كف له فلا قصاص عليه في الساعد وقال أبو يوسف اذا كانا سواء اقتص منه وعلى هذا الاختلاف اذا قطع كف رجل وفيها أصبع زائدة وفي يد القاطع أصبع زائدة ولو قطع أصبعا زائدا في يده مثلها لا قصاص بالاجماع وقال أبو حنيفة في الاقطعين والاشلين انه لا قصاص وهو قول أبي يوسف في رواية الحسن عنه وكذلك مقطوع الابهام والاصبع كلها اذا قطع يدا شلاء فلا قصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي الخانية ولو قطع أظافر اليدين أو الرجلين روى الحسن عن أبي حنيفة انه لا قصاص فيه وفيه حكومة عدل ولو كسر عظما من ساعد أو ساق أو ترقوة أو غيره ففيه حكومة عدل قال رحمه الله ﴿وضمنا ديتها﴾ أي ضمن القاطعان دية المقطوع لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما الربع فتجب في مالهما لان العاقلة لا تتحمل العمد قال رحمه الله ﴿وان قطع واحد يميني رجلين فلهما قطع يمينه ونصف

الدية﴾ يعني إذا حضرا معاً سواء كان القطع جملة واحدة أو على التعاقب وقال الشافعي إن قطعهما على التعاقب يقطع للأول منهما ويغرم أرش اليد للثاني ولنا أن المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ولا عبرة في التقدم والتأخر كالغريمين في التركة وهذا لأن حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق كل واحد منهما وهو القطع وكونه مشغولا بحق الأول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني ولهذا لو كان القاطع لهما عبداً استويا في استحقاق رقبته ولو كان يمنع بالأول لما شاركه الثاني بخلاف الرهن لأنه استيفاء حكماً ولا يثبت للثاني بعد ما ثبت للأول كالاستيفاء حقيقة فإذا لم يمنع الأول ثبوت حق الثاني فيها استويا فيها فيقطع لهما إذا حضرا معاً لعدم الأولوية ويقضى لهما بنصف الدية يقسمانه نصفين لاستوائهما فيه بخلاف ما إذا كان القصاص في النفس حيث يكتفي فيه بالقتل لهما ولا يقضى لهما بالدية لما بينا من الفرق فيما تقدم وقد بيناه من قبل فارجع إليه قال رحمه الله ﴿وإن حضر واحد فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية﴾ لأن الحاضر أن يستوفي حقه ولا يجب عليه التأخير حتى يحضر الآخر لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال أن لا يطلب أو يعفو مجانا أو صلحا فصار كأحد الشفيعين إذا حضر والآخر غائب حيث يقضى له بالشفعة في الكل لما قلنا ثم إذا حضر الآخر بعد ما قطعت للآخر وطلب يقضى له بالدية لأن يده وفاها حقاً مستحقاً عليه فيضمنها لسلامتها له ولو قضي بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما فللآخر القود عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد له الأرش لأن القصاص بالقضاء أثبت الشركة بينهما فعفا حق كل واحد منهما إلى النصف فإذا عفا أحدهما فقد منع الآخر من استيفاء الكل ولهما أن الإمضاء من القضاء في العقوبات فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء ولو قطع أحدهما يد القاطع من المرفق سقط القصاص لذهاب اليد التي فيها القصاص بالقطع ظلما ولا ينقلب مالا كما إذا قطعها أجنبي أو سقطت بآفة سماوية ولهما نصف الدية على حالها لأنها واجبة قبل قطعها ولا تسقط بالقطع ظلما ثم القاطع الأول بالخيار إن شاء قطع ذراع القاطع وإن شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل في قطع الذراع إلى المرفق لأن يد القاطع كانت مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الأول من المرفق فكانت كالشلاء وعلى هذا لو كان المقطوع يده واحدا فقطع القاطع من المرفق سقط حقه في القصاص ووجب عليه القصاص وللمقطوع من المرفق الخيار إن شاء قطع من المرفق وإن شاء أخذ الأرش لما ذكرنا وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ﴿وإن أقر عبد بقتل عمد يقتص منه﴾ وقال زفر رحمه الله لا يصح إقراره لأنه يؤدي إلى إبطال حق المولى وصار كالإقرار بالقتل خطأ أو بالمال ولنا أنه غير متهم في مثله لكونه يلحقه الضرر به فيصح ولأن العبد يبقى على أصل الحرية في حق الدم عملا بآدميته ألا ترى أن إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يجوز فإذا صح لزمه إبطال حق المولى ضرورة وذلك لا يضر وكم من شيء يصح ضمنا وإن كان لا يصح قصدا بخلاف الإقرار بالمال لأنه إقرار على المولى بإبطال حقه قصدا لأن موجبه بيع العبد أو الاستيفاء وكذا إقراره بالقتل خطأ لأن موجبه دفع العبد أو الفداء على المولى ولا يجب على العبد شيء ولا يصح سواء كان العبد محجورا عليه أو مأذونا له في التجارة لأنه باطل قال رحمه الله ﴿وإن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى آخر يقتص للأول وللثاني الدية﴾ لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ وهو الخطأ في الفعل فكأنه رمى إلى حربي فأصاب مسلما والفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر حكم الجناية الواحدة شرع في ذكر الجنايات المتعددة لأن الاثنين بعد الواحد قال رحمه الله ﴿ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالأمرين ولو عمدين أو مختلفين أو خطأين تخلل بينهما برء أو لا إلا في خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة كمن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ من تسعين ومات من عشرة﴾ يعني إذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب القطع وموجب القتل إن كانا عمدين أو أحدهما عمدا والآخر خطأ أو كانا خطأين وتخلل بينهما برء وفي خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب عليه دية واحدة فحاصله أن الكل لا يتداخل إلا في خطأين فإنهما يتداخلان فيجب فيهما دية واحدة إذا لم يتخلل بينهما برء وإن تخلل بينهما برء لا يتداخلان أما الأول وهو ما إذا كانا عمدين فالمذكور قول أبي حنيفة وعندهما يتداخلان فيقتل حدا ولا يقطع يده لأن الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء بينهما فصار كالخطأين وهذا لأن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن لأن القتل يقع بضربات غالبا واعتبار كل ضربة على حدتها يؤدي إلى الحرج فيجمع تيسيرا إلا أن لا يمكن بأن تختلف حكم الفعلين كالعمد والخطأ أو يتخلل البرء بينهما لأن البرء قاطع للسراية فلا يمكن أن يجعل الثاني تتميما للأول فيعتبر على حاله وأمكن

ذلك قبل البرء فصار كسراية الاول وله ان الجمع متعذر لان حز الرقبة يمنع سراية القطع كما مر حتى لو صدر من شخصين وجب على
كل واحد منهما القصاص فكذا اذا كان من شخص واحد فيقطع أولا يده ثم يقتلوه ان شاؤا وان شاؤا قتلوه من غير قطع لان
القصاص يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة
وحكما ولان المماثلة صورة ومعنى يكون باستيفائهما وبالاكتفاء بالقتل لم توجد المماثلة الا معنى ولا يصار اليه مع القدرة على المماثلة
صورة ومعنى فيتخير الولي بخلاف ما اذا مات من السراية لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كان خطأين لان الموجب فيه الدية وهو
بدل المحل والمقتول واحد ألا ترى ان عشرة لو قتلوا واحدا خطأ يجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل وان تعدد الفعل ولو قتلوه عمدا
قتلوا به جميعا لان القصاص جزاء الفعل وهو متعدد وان اتحد ولان ارش اليد لو وجب كان يجب عليه بعد الجزاء لانه وقت استحكام
أثر الفعل ولا سبيل اليه لانه حينئذ تجب دية النفس بالجزاء فيجتمع وجوب بدل الجزء والكل في حالة واحدة وهو محال ولو
وجب ذلك لوجب بقتل النفس الواحدة ديات كثيرة للاطراف لانها تتلف بتلاف النفس أما القتل والقطع فقصاصان فامكن
اعتبارهما وبخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقطع لاتحاد الفعل وأما الثاني وهو ما اذا كانا مختلفين بان كان أحدهما خطأ
والآخر عمدا والثالث وهو ما اذا كانا خطأين وتخلل بينهما برء فلان الجمع غير ممكن فيهما لاختلاف حكم الفعلين في الاولى ولتخلل
البرء في الثاني وهو قاطع للسراية فيعطى لكل فعل حكم نفسه وقوله الا في خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة هذا اخراج
من قوله أخذ بالامرين أي موجبي فعليه الا في هذه الصورة فانهما يتداخلان لا يؤخذ الا بالقتل فيجب فيه دية النفس لا غير وقد
بينا وجهه في اثناء البحث وقوله كمن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ من تسعين ومات من عشرة يعني تجب فيه دية واحدة كما
اذا كان القطع والقتل خطأين ولم يتخلل بينهما برء وانما كان كذلك لان الضربات التي برأ منها ولم يبق لها أثر سقط أرشها
لزوال الشين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعن أبي يوسف فيها حكومة عدل وعن محمد انه يجب فيها أجرة الطبيب
وثمن الادوية وستأتي المسئلة بأدلتها في فصل الشجاج ان شاء الله تعالى ولو بقي لها أثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس
بالاجماع لان الارش يجب باعتبار الشين في النفس وهو ببقاء الاثر ولو قطع أصبعه أو يده ثم قطع الآخر ما بقي من اليد فمات كان
القصاص على الثاني في النفس دون الاول ويقطع أصابع الاول أو يده وقال زفر والشافعي يقتلان لهما ان زوال الحياة مضاف
الى القطعين لانه اتصل الموت بهما قبل البرء وزوال أثرهما وليس أحدهما باضافة الازهاق اليه أولى من الآخر فاضيف اليهما كما
لو قطع كل واحد منهما يدا على حدة قبل البرء ولنا ان زوال الحياة ٧ ألم الثاني غير قطع الاول فصار زوال الحياة مضافا
الى القطع الثاني فصار الثاني قاتلا دون الاول بخلاف ما لو قطع كل واحد يدا على حدة أو أصبعا على حدة لان محل قطع الاول قائم
وقت الموت فيتصور معه حدوث زيادة الالم فحصل الالم حدث بالقطعين فصار الموت مضافا اليهما واذا قطع المفصل الاعلى من أصبع
رجل فبرئ ولم يقتص حتى قطع مفصلا آخر من تلك الاصبع يقطع له المفصل الاعلى دون الاسفل وعليه ارش الاسفل لان
القصاص مبناه على المساواة وحال قطع الثاني لا يمكن المساواة لسلامة أصبع القاطع وفوات مفصل المقطوع ولان أصبع القاطع
وان كانت مستحقة بالقصاص ولكن ملك القصاص ملك ضرورة لا يثبت الا عند الاستيفاء فقبله يكون مقصودا به مملوكة
صاحبه ولهذا لو قطعت يد من عليه القصاص ان كان عمدا يجب القصاص وان كان خطأ يجب الارش له لا لمن له القصاص
لانه لم توجد المساواة حال قطع الثاني وكذلك لو برأ الثاني ثم قطع المفصل الثالث ولو لم يكن بين القطعين برء وجب له القصاص
في كل الاصابع بقطعها من أصلها مرة واحدة لانه لم يتخلل بين القطعين برء وجعلنا كلا الفعلين جناية واحدة كأنه قطع ابتداء
من المفصل الثاني بفعل واحد وفي المبسوط أصله ان تعذر استيفاء القصاص لتعذر القتل انه متى جاء من قبل القاتل فصار الى
المال اعتبارا بالخطأ فان هناك امتنع استيفاء القصاص بمعنى من جهة القاتل وهو الخطأ فاذا تعذر صيانة استيفاء القصاص
من قبل من له الحق لا يصار الى المال لان الشرع عين حقه في القصاص لكن هو الذي فوته وفرط باتيان ما أخره فاهدره فلم
يبق مستحقا للمطالبة واذا اقر القاتل بالخطأ وادعى الولي العمد لم يقتص ولزمه الدية استحسانا وقال زفر لا يلزمه شيء قياسا لان
ما أقر به لم يثبت لانه كذبه المدعي في اقراره بمقتضى دعواه القصاص وصار كما لو اقر القاتل بالعمد وادعى الولي الخطأ لا يلزمه
شيء وكذا هنا ولنا انهما تصادقا على القتل الا انه تعذر استيفاء القصاص بمعنى من قبل القاتل وهو دعوى الخطأ فتجب الدية

هو ما ادعاه على المقر ولأن في زعم الولي أن القصاص هو الواجب إلا أنه لما أقر بالخطأ فقد أقر بالمال وبالولي ترك القصاص وأخذ المال ولم يكن فيه ضرر عليه فيكون له أخذ المال ولو أقر بالعمد وادعى الولي الخطأ بطل حقه لأن فيه إسقاط القصاص جاء من قبل من له الحق الزانية وإن ادعى الولي العمد على رجلين فقال أحدهما أنا قطعت يده عمدا وهذا الآخر قطع رجله عمدا وأنكر الآخر الجناية فلا شيء على المقر لأنهما تصادقا على وجوب القود ولم تتمكن الشبهة فيه حين أنكر الآخر الجناية لأن تمكن الشبهة إنما يكون باحتمال الموجب غير الموجب في المحل وذلك لا يتصور قبل وجود الجناية من الآخر وإذا ادعى الولي الخطأ فلا شيء على المقر لأنه لما أنكر الآخر الجناية صار كالعدم فبطل دعواه الخطأ وبإقراره المال بالعمد في هذا لا يجب شيء وإن مات رجل من قطع يده ورجله فقال رجل قطعت يده عمدا وقال قطع عمرو رجله عمدا فقال الولي بل أنت قطعتهما يجب القصاص عليه لأنهما تصادقا على وجوب القصاص بالشركة لم يبطل بعده دعواه فإن قال الولي لا أدري من قطع رجله فلا شيء على قاطع اليد لأن قاطع الرجل مجهول يجوز أن يكون خاطئا أو صبيا أو مجنونا فتعذر إيجاب القصاص وبه تعذر استيفاء القصاص جاء من قبل من له الحق فإن جهل قاطع الرجل جهل قاطع اليد فلا يجب المال ولو قال الولي بعد ذلك فلان قطع رجله عمدا وأنكر فلان ليس له أن يقتل المقر قياسا وله أن يقتله استحسانا لأن الولي لا يعرف قاتل أبيه عند كثرتهم فقد يرى التناقض وعبر المؤلف عن الي لفظها مفردومعا جمع لأنه لا فرق في الحكم بين ما إذا كان الفاعل مفردا أو متعددا قال رحمه الله ﴿فإن عفا المقطوع عن القطع فمات منه ضمن القاطع الدية ولو عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية لا والخطأ من الثلث والعمد من كل المال﴾ يعني لو قطع يد رجل عمدا أو خطأ فقال المقطوع عفوت عن القطع فمات منه ضمن القاطع في العمد الدية بخلاف ما لو قال عفوت عن الجناية كما سيأتي وأطلق المؤلف في قوله الخطأ من ثلث المال ولم يفرق بين ما إذا كان الجاني يخرج ويجيء أو كان لا يخرج ولا يجيء وسيأتي بيانه وقوله بإطلاقه قول الإمام وفي الجامع الصغير رجل قطع يد رجل ظلما عمدا فعفا المقطوع يده عن القطع ثم سرى إلى النفس ومات أو شج إنسان موضحة عمدا فعفا المشجوج رأسه عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات يجب أن يعلم بأن هنا مسألتين أحدهما في العمد والأخرى في الخطأ وكل مسألة على وجوه إما أن يقول المقطوعة يده عفوتك عن الجناية أو يقول عفوتك عن القطع وما يحدث منه فإن كانت الجناية عمدا فقال المقطوعة يده أو قال المشجوجة رأسه عفوتك عن الجناية صح العفو وبرئ من القطع أو الشجة أو مات حتى لا يجب شيء في الحالين ثم يصح البراءة عن جميع المال سواء برئ أو مات وإن قال عفوتك عن القطع ولم يقل وما يحدث من القطع أو قال عفوتك عن الشجة ولم يقل وما يحدث منها صح العفو عندهم جميعا فلو مات تجب الدية قال أبو حنيفة مع أن العفو باطل والقصاص إن يجب على المعفو عنه القصاص إلا أني استحسن وجوب الدية في ماله وقال أبو يوسف ومحمد إن العفو عنه جائز ولا شيء على المعفو عنه لا القصاص ولا الدية هذا الذي ذكرنا إذا كانت الجناية عمدا فإذا كانت خطأ إن عفا عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه صح العفو سواء برئ أو مات إلا أنه إن عفا في حال يخرج ويجيء ويذهب بعد الجناية وأنه على قول بعض المشايخ يعتبر من جميع ماله وذكر في المغني في هذه الصورة أنه يعتبر من ثلث المال وإن عفا عن القطع إن اقتصر عن القطع إن برأ صح العفو بلا خلاف من جميع المال وإن صار قتلا فعلى قول أبي حنيفة العفو باطل وكان على عاقلة القاتل الدية وعندهما العفو جائز كما لو عفا عن القطع وعما يحدث منه إلا أنه إن عفا في حالة حكم الصحة بأن كان يذهب ويجيء يصح من جميع المال وعلى قياس رواية المغني من ثلث المال وإن عفا في حال حكم المرض بأن صار صاحب فراش يعتبر من ثلث المال ولو قال عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه كان عفوا عن دية النفس بالإجماع حتى إذا مات سقط كل الدية فيه غير أنه يعتبر من الثلث في الخطأ لأن موجبه المال وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر أمواله بخلاف ما إذا كان عمدا حيث يصح من جميع المال لأن موجبه القصاص ولم يتعلق حق الورثة لأنه ليس بمال قال في العناية فيه بحث وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه أن المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا منافاة بينهما لأن حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الأصل والقياس في المال أيضا أن لا يثبت تعلق حق الورثة إلا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه الصلاة والسلام لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء إنما يتحقق

تعلق حقهم بما يشتغل به المصرف فيه والقصاص ليس بمال ولا يتعلق به لكنه موروث اهـ أقول في تقرير البحث المذكور
خلل فاحش وفي تحرير الجواب المربور التزام ذلك أما الاول فلانه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص يثبت
لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة منه كالدين والدية وقوله أن القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد صرح بظاهر
هذا من صاحب العناية في الفصل السابق وثبت بطلانه هناك أيضا فتذكر وأما الثاني فلانه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص
غير موروث من المقتول عند الامام الاعظم بل سيق الكلام على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق ألا ترى الى قوله في حاشيته
والقصاص ليس بمال ولا يتعلق به لكونه موروثا وفي المحيط ويكون هذا وصية للعاقلة سواء كان القاتل واحدا منهم أو لم يكن
لان الوصية للقاتل اذا لم تصح للقاتل تصح للعاقلة كمن أوصى لحي وميت فالوصية كلها للحي اهـ وظهر هذا من قول صاحب المحيط
وصية للعاقلة فساد ما اعترض به من أن الوصية للقاتل لا تصح ومن أن القاتل كواحد من العاقلة فكيف جازت الوصية له بجميع
الثلث فتأمل ويظهر من أن القول بانه وصية انه لو لم يكن له مال في العمد تسعى العاقلة في ثلثي الدية وفي الخطأ ان خرجت الدية
من الثلث فلا سعاية ولو لم تخرج من الثلث يسقط بقدر ما يخرج وتسعى العاقلة في البقية كما سيأتي في نظائره في كتاب الوصايا
وهذا من خصائص هذا الكتاب قال رحمه الله (وان قطعت امرأة يد رجل عمدا فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها
والدية في مالها وعلى عاقلتها لو خطأ) يعني لو تزوج امرأة على قطعها يده عمدا فمات الزوج منه فلها مهر مثلها والدية في مالها
وعلى عاقلتها لو خطأ وهذا قول الامام ولم يفصل المؤلف بين ما اذا مات قبل الدخول أو بعده لكن في قوله مهر المثل يشير الى انه
بعد الدخول وفي الكافي اما أن يكون القطع عمدا أو خطأ وكل مسئلة على ثلاثة أوجه اما أن تزوجها على القطع أو على القطع
وما يحدث منه أو على الجناية وقد برئ من ذلك أو مات فان كان القطع عمدا وبرئ من ذلك صحت التسمية وصار أرش اليد مهرا
لها عندهم جميعا قال الشارح فاذا كان القطع عمدا فهذا تزوج على القصاص في الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء
وعلى تقدير السقوط أولا فاذا لم يصلح مالا لا يصلح مهرا فيجب لها مهر المثل اذا مات ولا يجب القصاص لا يقال لا يجري القصاص
بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون تزوجا عليه لانا نقول الموجب الاصلي في العمد القصاص وانما سقط لمتعذر ثم تجب
عليه الدية فاذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم العفو عن النفس وذلك في مالها لان العاقلة لا تتحمل
العمد اهـ قال في النهاية فان قلت لم يجب القصاص هنا على المرأة مع أن القطع كان عمدا وهي قتل من الابتداء فاذا مات ظهر
أن الموجب الاصلي هو القصاص ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كأنه تزوج ولم يذكر شيئا وفيه القصاص فكذا هنا قلت نعم
كذلك الا انه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ولو استوفت القصاص تستوفيه من نفسها وهو محال
ولما سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما لو لم يسم ابتداء اهـ ولو تزوجها على موجب القطع جاز فان
طلقها بعد الدخول بها أو مات عليها سلم لها جميع الارش وان طلقها قبل الدخول بها سلم لها من ذلك ألفان وخمسمائة ورد على الزوج
ألفان وخمسمائة لانه تزوجها على الحاصل على خمسة آلاف فان طلقها قبل الدخول بها يسلم لها نصف ذلك ويلزمها أن ترد النصف
على الزوج هذا اذا برأ من القطع وان مات من ذلك فالتسمية باطلة عندهم جميعا ولها مهر مثلها وقيد بقوله مهر مثلها المفيد انه
بعد الدخول لا قبل الدخول فلها المتعة ثم القياس أن لا تجب عليها الدية في قول أبي حنيفة وفي الاستحسان تجب الدية في مالها
وعلى قولهما صح العفو ولم يكن عليها الا قصاص ولا دية لو مات هذا اذا تزوجها على القطع قيد بذكر اليد فقط لانه اذا تزوجها على
القطع وما يحدث منه ان برئ من ذلك صار أرش يده مهرا لها عندهم جميعا ويسلم لها ذلك وان كان أكثر من مهر مثلها وان
مات من ذلك بطلت التسمية وكان لها مهر مثلها وسقط القصاص مجانا بغير شئ ولا ميراث لها من زوجها لانها قاتلته وعليها عدة
المتوفى عنها زوجها وقيد بقوله عمدا لانها اذا كانت الجناية خطأ وقد تزوجها على القطع ان برئ من ذلك صار أرش يده مهرا لها
فان دخل بها أو مات عنها سلم لها جميع ذلك وسقط عن العاقلة وان طلقها قبل الدخول بها سلم لها نصف ذلك وذلك ألفان وخمسمائة
وتؤدي العاقلة ألفين وخمسمائة الى زوجها فاما اذا مات من ذلك بطلت التسمية في قول أبي حنيفة وكان لها مهر مثلها وعلى عاقلتها دية
الزوج وعندهما تصح التسمية وتصير دية الزوج مهرا لها فاما اذا تزوجها على القطع وما يحدث أو على الجناية ان برئ من ذلك
صار أرش يده مهرا لها وان مات ثم ينظر الى مهر مثلها والى الدية فان كان مهر المثل مثل الدية لا شك أن الكل يسلم لها سواء

تزوجها بعدما قطع في حال ما يجيء ويذهب أو بعدما صار صاحب فراش إن كان مهر مثلها أقل من الدية فإن كان تزوجها في حال يجيء ويذهب فالكل يسلم لها وإن كانت الزيادة إلى تمام الدية تخرج من ثلث مال الزوج وتعتبر الزيادة على مهر مثلها وصية للعاقلة وإن كانت لا تخرج الزيادة على مهر مثلها من ثلث ماله فبقدر ما يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة وتعتبر ذلك وصية لهم هذا إذا لم يطلقها الزوج قبل موته حتى مات فإن طلقها قبل موته قبل الدخول بها يسلم لها من ذلك خمسة آلاف مهر مثلها وصية للعاقلة ويسقط عن العاقلة وإن كان مهر مثلها أقل من خمسة آلاف إن كانت الزيادة على نصف مهر مثلها إلى تمام خمسة آلاف يخرج من ثلث ماله وكذا يسقط عن العاقلة خمسة آلاف وإن كان لا يخرج فبقدر ما يخرج من الثلث مقدار نصف مهر مثلها يسقط عن العاقلة ويردون الباقي إلى ورثة الزوج وكذلك إن تزوجها على الجناية فالجواب فيه من أوله إلى آخره كالجواب فيما إذا تزوجها على القطع وما يحدث منه إسماعيل بن حماد عن أبي يوسف في رجل قتل عمدا وله وليان فصالح أحد وليي المقتول القاتل عن جميع الدية على خمسين ألفا فللذي صالح خمسة وعشرون ألفا ولا شيء للآخر الباقي هذا إذا تزوجها المقطوع يده فلو تزوجها وليه قال امرأة قتلت رجلا خطأ فتزوجت ولي الدم وليس على الدية التي وجبت على العاقلة فذلك جائز والعاقلة برئت فإن طلقها قبل الدخول بها رجع على العاقلة بنصف الدية رجل شج رجلا موضحة عمدا وصالحه المشجوج عن الموضحة وما يحدث منها على مال مسمى فقبضه ثم شجه رجل آخر موضحة عمدا ومات من الموضحتين فعلى الآخر القصاص ولا شيء على الأول وكذلك لو كان الصلح مع الأول بعدما شجه الآخر قال أبو الفضل وقد استحسن في موضع آخر من هذا الكتاب أنه لا قصاص على الآخر إذا كان شجه بعد صلح الأول رجل شج رجلا موضحة عمدا وصالحه منها وما يحدث منها على عشرة آلاف درهم وقبضها ثم شجه آخر خطأ ومات منهما فعلى الثاني خمسة آلاف درهم على عاقلته ويرجع الأول في مال القاتل بخمسة آلاف درهم وإن كانت الشجتان عمدا جاز إعطاء الأول وقتل الآخر الإسبيجابي جامع الفتاوى وعن أبي يوسف في جامعه إذا صالح الشاج من موضحة الخطأ على خمسمائة درهم ثم مات منها يحط عن العاقلة الثلث وبطل الصلح ويرجع الشاج بما دفع وفي الكبرى وهذا الجواب على قولهما خاصة أما على قول أبي حنيفة فالصلح والعفو عن الشجة لا يتناول ما يحدث منها فإذا مات المشجوج فقد صار وجود الصلح كعدمه عنده ولو انعدم الصلح عنده فالدية على عاقلة الشاج كذا هنا وفي الظهيرية وإن وقع الصلح على خمسة عشر ألفا بعد قضاء القاضي بعشرة آلاف فهذا الصلح باطل لما فيه من الزيادة على الدية وإن كان القاضي قضى بمائة من الإبل فصالحا على مائة وخمسين إن وقع الصلح بعينه لا شك أنه لا يجوز وإن كان بغير عينه إن كانت الإبل بأعيانها ثم اصطلحوا على مائة وخمسين من الإبل بأعيانها كان ذلك جائزا هذا إذا وقع الصلح على أكثر من النوع الذي وقع به القضاء أما إذا وقع الصلح على أقل مما وقع به القضاء فإنه يجوز حالا ونسيئة وإذا اصطلحا على جنس آخر خلاف ما وقع به القضاء وقد صالحه على أكثر مما قضى به فإنه يجوز هذا الذي ذكرنا إذا اصطلحا بعد القضاء أو الرضا أما إذا اصطلحا قبل القضاء إن كان المصالح عليه أكثر من الدية فإنه لا يجوز ابن سماعة عن محمد في رجل جرحه رجلان جراحة عمدا فقضى بالقصاص على أحدهما ثم مات من الجراحتين قال لورثته أن يقتلوا الآخر ولو جرحه رجل جراحة عمدا وعفا عنه ثم جرحه آخر عمدا فلم يعف حتى مات منهما فلا قود على الثاني وسئل أبو سلمة عن جماعة كانوا يرمون كل على كان عثور فأخطأ واحد منهم فأصاب صغيرة فماتت وعرف أن هذا سهم فلان ولكن لم يشهد أحد أنه رماه فلان فصالح صاحب السهم على كرم ثم طلب المصالح رد الصلح قال إن كان يعلم أن المصالح هو الذي جرحها وأن الصبية ماتت من تلك الجراحة فالصلح ماض فإن علم أن الجارح صاحب السهم ولكن استغاثت الصغيرة بأبيها فلطمها أبوها فسقطت وماتت ولم يدر أماتت من اللطمة أو من الرمي قال فإن كان الصلح من الأب بإذن سائر الورثة فالصلح جائز والبدل لسائر الورثة ولا ميراث للأب وإن كان الميراث بغير إذنهم فالصلح باطل وفي نوادر هشام قال سألت محمدا عن قلع سن صبي أو حلق رأس امرأة فصالح الجاني أبا الصبي أو المرأة على دراهم ونبت الشعر أو السن فأخبر أن أستحسنه يرد الدراهم قلت وكذلك أقول وكذلك قول محمد قال وكذلك إن كان هذا كسر يده فصالحه عنها ثم جبرت وصحت قال نعم قلت فإن زعم صاحب اليد أن يده قد ضعفت وليست كما كانت قال آمر من ينظر إليها فإنه لا يكاد يخفى قال رحمه الله ﴿وإن تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات منه فلها مهر المثل﴾ كما لو تزوجها على خمر أو خنزير وقد تقدم قال رحمه الله ﴿ولا شيء عليها﴾ لأنه رضي بسقوط القصاص على أنه يصير مهرا وهو

لا يصير مهرا فسقط أصلا فصار كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فإنه يسقط مجانا وقد تقدم قال رحمه الله ﴿ولو خطأ
رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية﴾ لأن التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها
وموجبها هنا الدية وهي تصلح مهرا فصحت التسمية إلا أنه قدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال لأنه ليس فيه محاباة والمريض
لا يحجر عليه من التزوج لأنه من الحوائج الأصلية فيعتبر قدر مهر مثلها من جميع المال وما زاد على ذلك من الثلث لأنه تبرع والدية
على عاقلتها وقد صارت مهرا فتسقط كلها عنهم إن كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر ولا يرجع عليهم بشيء لأنهم كانوا يتحملون
عنه موجب جنايتها فإذا صار ذلك ملكا لها يسقط عنهم أصلا فلا يغرمون لها وإن كان مهر مثلها أقل من الدية سقط عنهم أيضا
لأنه وصية لهم فيصح لأنهم أجانب وإن كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وأدوا الزيادة إلى الولي لأن الوصية لا تنفذ
لها إلا من الثلث ثم قيل لا يسقط قدر نصيب القاتل لأن الوصية له لا تصح والأصح أنه يسقط كله لأنه أوصى لمن تجوز له
الوصية فصار كمن أوصى لحي وميت فإن الوصية كلها تكون للحي ولأنه لو لم يسقط نصيبه لكان ذلك القدر هو الواجب بالقتل
فتتحمله العاقلة عنه فيسقط أيضا فيلزم مثل ذلك في نصيبه منه أيضا ثم هكذا وهكذا إلى أن لا يبقى منه شيء فلو أبطلنا
الوصية في حقه ابتداء لزم تصحيحها انتهاء فصححناها ابتداء قصرا للمسافة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب
فيما إذا تزوجها على اليد أيضا لأن العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فصار الجواب في الفصلين واحدا أقول في عبارة
المصنف احتمال آخر وهو أنه يجوز أن يكون معناها ولهم أي للورثة ثلث ما ترك الميت وصية فيشمل الدية وغيرها ولو قال المؤلف ولو خطأ
رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية فإن خرج من الثلث سقط وإلا فثلث المال لكان أولى وقول المؤلف رفع إلى آخره فأفاد
أن مهر المثل أقل من الدية كما يأتي قال رحمه الله ﴿ولو قطع يده فاقتص له فمات الأول قتل به﴾ يعني رجل قطع يد رجل فاقتص
له فمات المقطوع الأول قتل المقطوع الثاني به وهو القاطع الأول قصاصا لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد من الأول واستيفاء
الولي الأول لا يوجب سقوط حقه في القتل لأن من له القصاص في النفس إذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله لا يجب عليه شيء
إلا أنه يعزر ألا ترى أنه لو أحرقه بالنار لا يجب عليه شيء غير الإساءة فإذا بقي له فيه القصاص فلوارثه أن يقوم مقامه وعن أبي يوسف
أنه يسقط حقه في القصاص لأن إقدامه على القطع دليل على أنه أبرأه عن غيره قلنا إنما أقدم عليه على ظن أن حقه فيه لا حق له
في غيره وبعد السراية تبين أن حقه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون علمه فيقتص ولو مات الأول لأنه لو مات المقتص منه وهو المقطوع
قصاصا من القطع تجب ديته على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه لأنه استوفى حقه
وهو القطع فيسقط حكم سرايته إذ الامتناع عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كيلا ينسد باب القصاص
فصار كالإمام إذا قطع يد السارق فسرى إلى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال لغيره اقطع يدي فقطعها
ومات وهذا لأن السراية تبع لابتداء الجناية ولا يتصور أن يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته مضمونة ولأبي حنيفة
أن حقه في القطع والموجود قتل حتى لو وقع ظلما كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه بل متعديا وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه
سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكر من المسائل لأن الفعل واجب على الإمام قال رحمه الله ﴿وإن قطع يد القاتل
ثم عفا ضمن القاطع دية اليد﴾ وهذا عند الإمام وقالا لا كذلك ولا فرق بين ما إذا قضي له بالقصاص أو لا وعندهما لا شيء عليه
يعني لو قتل إنسان آخر عمدا فقطع ولي المقتول يد القاتل ثم عفا ضمن الدية أطلق فشمل ما إذا كان قطعا أو قتل وقطع وما إذا
مات من القطع أو برأ وليس كذلك ولو قال المؤلف في قوله قطع لكان أولى لأنه علم مما تقدم لو قطع وقتل فما لو قال دية اليد
لو برأ لكان أولى لأنه محل الخلاف لهما أنه قطع يدا من نفس لو أتلفها لا يضمن كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم سرى وهذا لأنه
استحق إتلافه بجميع أجزائه إذ الأجزاء تبع للنفس فتناول حقه العفو فيما بقي لا فيما استوفاه ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان
اليد وكذا إذا عفا ثم سرى لا يضمن والقطع الساري أفحش من المقتصر أو قطع ولم يعف ولم يسر ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده
فصار كما لو كان له قصاص في اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فإنه لا يضمن أرش الأصابع والأصابع من الكف كالأطراف
من النفس ولأبي حنيفة أنه استوفى غير حقه فيضمن وهذا لأن حقه في القتل لا في القطع وكان القياس أن يجب القصاص إلا
أنه سقط للشبهة إذ كان له أن يتلف الطرف تبعا للنفس وإذا سقط القود وجبت الدية وإنما لم يضمن في الحال لاحتمال أن

صح قولا باسرايه فظهر انه استوفى حقه وحقه في الطرف بعد ضرورة فوت القتل وهذا ضرورة عند الاستيفاء لا قبله فاذا وجد الاستيفاء ظهر حقه في الاطراف فكذا اذا لم يستوف لم يظهر حقه في الطرف اصلا ولا يقال ان انه استوفى غير حقه فيما انا لم نجعله مثل القاطع وهو قائم مقام احياء النفس لاستحالة أن يملك قتله ويكون أطرافه مضمونة عليه فمن زال القاطع بالعفو ظهر حكم السبب واذا سرى فهو استيفاء للقتل فليس بجناية وكان له بالاستيفاء ولو قطع وما عفا وبرأ فهو على الخلاف في الصحيح لو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء لان القطع استيفاء على وجه يحتمل السراية وكان حز رقبته تتميما لما ابتدأه بالقطع فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح على انا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفاء في اليد وانما يظهر في النفس لعدم امكان التحرز عن السراية والاصابع تابع فكذا الكف تابع لها عرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع بخلاف الطرف فانه تابع للنفس من كل وجه والله أعلم

﴿باب الشهادة في القتل﴾

لما كان الشهادة في القتل أمرا متعلقا بالقتل أوردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشيء يكون أدنى درجة من ذلك الشيء قال رحمه الله ﴿ولا يقاد حاضر بحجة اذا أخوه غائب عن خصومته فان قدم لا بد من اعادتها لا لو خطأ أو دينا﴾ يعني اذا قتل رجل وله وارثان عاقلان احدهما حاضر والآخر غائب فاقام الحاضر بينة على القتل لا يقتل قصاصا فان عاد الغائب فلا بد لهما من أن يعيدا تلك البينة ليقتل لا بد لهما من اعادة البينة ليقتل عند الامام وقالا لا يعيد ولو كان القتل خطأ أو دينا لا يعيدها بالاجماع وأجمعوا على ان القاتل يحبس اذا اقام الحاضر البينة لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس وأجمعوا على انه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغائب لان المقصود القصاص والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالاجماع بخلاف ما اذا كان خطأ أو دينا فانه يتمكن من اخذ ما يخصه في غيبة الآخر فلم يحتج الى الاعادة والوارث ينتصب خصما عن نفسه وعن شركائه فيما يدعي للميت وعلى الميت ولابي حنيفة ان القصاص غير موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثار والميت ليس من أهله وانما يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة سببا انعقد للميت أي يقومون مقامه فيثبت الحق لهم ابتداء من غير أن يثبت للميت كالعبد يقبل الهبة يقع الملك فيها للمولى ابتداء بطريق الخلافة عنه وانما كان كذلك لان القصاص ملك الفعل في المحل بعد موت المجروح ولا يتصور الفعل من الميت ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وانما صح عفو المجروح لان السبب انعقد له وفي قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدية والدين لان الميت أهل لملك المال ولهذا لو نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته يملكه وأصل الاختلاف راجع الى أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق الميت عندهما فاذا كان القصاص يثبت حقا للورثة عنده ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الآخر في اثبات حقهم بغير وكالة منه وباقامة الحاضر البينة لا يثبت القصاص في حق الغائب فيعيدها بعد حضوره ليتمكن من الاستيفاء ولا يلزمه ان القصاص اذا انقلب مالا يصير حقا للميت لانه اذا انقلب مالا صار صالحا لقضاء حوائجه فصار معتدا بخلاف القصاص ولا يصح الاستدلال بصحة عفو المورث لانه انما صح في جواب الاستحسان لوجود سببه على ما بيناه في الاستدلال معارض بعفو الوارث فانه يجوز أيضا قبل موت المورث بعد الجرح استحسانا لوجود السبب ولولا أن الحق يثبت له ابتداء لما صح عفوه اقول فيه بحث لان ما تمسك به لا ينهض حجة على ابي حنيفة رحمه الله وما تمسك به ينهض حجة عليهما فكيف يحسن التدافع وذلك ان القصاص ان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث بناء على أن القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من اهل ان يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثار والميت ليس باهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح به كثير من أصحاب الشروح فأبو حنيفة رحمه الله راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتيالا للدرء وقال بصحة العفو منه أيضا احتيالا للدرء أيضا وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فيتجه عليهما المؤاخذة بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث بالاجماع فتدبر قال رحمه الله ﴿فان أثبت القاتل عفو الغائب لم يعد﴾ معناه أن القاتل لو أقام بينة أن الغائب قد عفا عنه كان الحاضر خصما وسقط القصاص ولا تعاد البينة لو حضر لانه ادعى حقا على الحاضر وهو سقوط حقه في القصاص انقلاب

نصيبه

نصيبه مالا ولا يمكن من إثباته إلا بإثبات العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في الإثبات عليه بالبينة فإذا قضى
عليه صار الغائب مقضيا عليه تبعا له قال رحمه الله ﴿وكذا لو قتل عبدهما وأحدهما غائب﴾ أي لو كان عبد بين رجلين
فقتل عمدا وأحد الموليين غائب فحكمه مثل ما ذكرنا في أحد الوليين حتى لا يقتل ببينة أقامها الحاضر من غير إعادة بعد عود
الغائب ولو أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لما بينا فعلم أن هذه المسألة مثل الأولى في جميع
ما ذكرنا إلا أنه إذا كان القتل عمدا أو خطأ لا يكون الحاضر خصما عن الغائب بالإجماع والفرق لهما في الكل ولأبي حنيفة
في الخطأ أن أحد الورثة خصم عن الباقين على ما بينا ولا كذلك أحد الموليين على ما عرف في موضعه وقدمنا أنه يرد بيان
عدم الفرق بين الكبير والصغير فارجع إليه قال رحمه الله ﴿وإن شهد وليان بعفو ثالثهما لغا﴾ أي إذا كان أولياء المقتول ثلاثة
فشهد اثنان منهم على الثالث أنه عفا فشهادتهما باطلة لأنهما يجران لأنفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وهو عفو منهما وزعمهما
معتبر في حق أنفسهما أطلق في قوله بعفو ثالثهما فشمل ما إذا كان في العمد والخطأ وقيد في المحيط الخطأ حيث قال فشهادتهما
جائزة في الخطأ إذا لم يقبضا نصيبهما اهـ وإنما قيده لأنهما إذا قبضا نصيبهما لم يحتاجا إلى إثبات عفو الغائب لأن المقبوض
بينهما وهو قيد حسن لا بد منه ولو قيد به المؤلف لكان أولى وذكر في المبسوط في كتاب الصلح والمأذون في دين بين ثلاثة شهد
اثنان على الثالث أنه أبرأ عن نصيبه لا يقبل لأن شهادتهما تجر لأنفسهما نفعا لأن شهادتهما تقطع شركة المشهود عليه في
الباقي من الدين ولا تحتمل كما لو شهدا أنه أبرأ عن نصيبه بعدما قبضا نصيبهما وجه هذه الرواية التي ذكرها المؤلف أنهما بشهادتهما
لا يثبتان لأنفسهما حق المشاركة للمشهود عليه لأنهما لم يقبضا شيئا من الدين ولو كانا قبضا نصيبهما إلا أنه تقع تثبت المشاركة
للمشهود عليه في ما قبضاه والشاهد تملك المنع ولا تملك الإبطال وإذا شهد شاهدان بالعفو على الخطأ فقضي به ثم رجعا
ضمنا ما أتلفاه ... لأنهما أتلفا على المشهود عليه دينا مؤجلا فيضمنان لذلك شهد شاهدان على ولي الدم أنه أخر القاتل
اليوم إلى الليل على جعل معلوم لم يكن عفوا ولا مال له لأن تأخير الحق لا يقتضي سقوطه وكذا تأجيل النسل لا يقتضي سقوطه
والمال باطل لأنه لو وجب وجب عوضا عن الأجل والاعتياض عن الأجل باطل ولو شهدا على أنه أخذ الجعل على أن يعفو عنه يوما
كان صلحا لأنه عفا عن القصاص يوما والعفو لا يقبل التأقيت فصح العفو وبطل التأقيت وصار كما لو طلق امرأته وأعتق عبده
على ألف إلى الليل جاز الصلح وبطل التأقيت فكذا هذا وقوله على أن يعفو لم يخرج مخرج العدة وإنما يراد به الإخبار كالرجل
يقول للمرأة تزوجتك على ألف درهم فقالت قد ... نكاح فكان المراد منه الإيجاب فكذا هذا قال رحمه الله ﴿فإن صدقهما القاتل
فالدية لهم أثلاثا﴾ أي صدقهما القاتل دون الولي المشهود عليه لأن بتصديقهما أقر لهما بثلثي الدية ولزمه لأنهم كانوا يزعمون
أن نصيب الولي المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر ولا يقبل قولهم عليه فوجب عليه كل الدية والمنكر ثلثها قال رحمه الله
﴿وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية﴾ أي إن كذبهما القاتل أيضا بعدما كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو فلا شيء
للوليين الشاهدين لأن شهادتهما عليه إقرار بسقوط حقهما عليه في القصاص فصح إقرارهما في حق أنفسهما وإن ادعيا
انقلابه مالا لا يصدقان في دعواهما الانقلاب وللولي المشهود عليه ثلث الدية لأن شهادتهما عليه بالعفو وهو ينكر بمنزلة إقرارهما
بالعفو فينقلب نصيبهما مالا وفي النهاية وإن كذبهما المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة يعني إذا جعل الضمير فاعل كذبهما
المشهود عليه لا القاتل قال الشارح وإن صدقهما الولي المشهود عليه وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولي المشهود عليه
لأنه أقر له بذلك فإن قيل كيف له الثلث وهو قد أقر أنه لا يستحق على القاتل شيئا بدعواه العفو قلنا ارتد إقراره بتكذيب
القاتل إياه فوجب له ثلث الدية عليه وفي الجامع الصغير كان هذا الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الأصح لأن المشهود
عليه يزعم أنه قد عفا ولا شيء له وللشاهدين على القاتل ثلث الدية دينا في ذمته والذي في يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من
جنس حقهما فيصرف إليهما لإقراره لهما بذلك كمن قال لفلان علي ألف درهم فقال المقر له ليس ذلك لي وإنما هو لفلان فإنه
يصرف إليه فكذا هذا وهذا ... استحسان والقياس أن لا يلزم القاتل شيء لأن ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره
وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بإقراره بالعفو لكونه مكذبا له وجوابه أن القاتل بتكذيبه الشاهدين قد أقر للمشهود
عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص قد سقط بشهادتهما كما إذا أنكر المقر له لم يكذب القاتل حقيقة بل أضاف الوجوب إلى غيره

يجعل الواجب للشاهدين وفي مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان علي كذا فقال المقر له ليس لي ولكنه لفلان على ما بينا فيه المؤلف
قوله ولو شهد اثنان بأن كل الحكم في الواحد كذلك لأنه إذا علم أن شهادة الاثنين باطلة علم بطلان شهادة الواحد الفرد من
باب أولى ولم يتعرض لما إذا شهدا معا أو متعاقبا ونحن نذكر ذلك ونذكر شهادة الفرد تتميما للفائدة قال في المبسوط ولو أن اثنين
وشهد أحدهما على صاحبه أنه عفا وهو على قسمين إما أن يشهد أحدهما على صاحبه بالعفو أو يشهد كل واحد منهما على صاحبه
بالعفو أما القسم الأول فهو على ستة أوجه إما أن يصدقه صاحبه والقاتل جميعا أو كذباه أو كذبه صاحبه وصدقه القاتل أو على
عكسه أو سكتا جميعا فالعفو واقع في الفصول كلها لأن الشاهد من أقر بعفو صاحبه فقد أقر بسقوط القصاص في نصيبه وإذا
سقط سقط في نصيب الآخر كما لو عفا الشاهد عن نصيبه وأما الدية فإن تصادقوا فللشاهد نصف الدية لأن الثابت بالتصادق
والموافقة كالثابت بالمعاينة وإن كذباه فلا شيء للشاهد ويجب للآخر نصف الدية لأنه لما شهد بالعفو فقد أقر ببطلان حقه في
القصاص فصح وادعى انقلاب نصيب نفسه مالا فلم يصدق ويتحول نصيب الآخر مالا لأن تعذر استيفاء القصاص في نصيبه من جهة
غيره لأن سقوط القصاص مضاف إلى شهادة الشاهد فكان بمنزلة العفو منه وإن كذبه صاحبه وصدقه القاتل ضمن الدية بينهما لأنه
لما صدقه فقد أقر له بنصف الدية فلزمه وادعى بطلان حق المشهود عليه بالعفو فلم يصدق نصيب الساكت مالا لأن في زعم الشاهد أن
نصيبه تحول مالا بعفو صاحبه والقاتل صدقه فيه ووجب له نصف الدية على القاتل وفي نصيب صاحبه لم يسقط من جهته لأنه لم يثبت
عفوه في حقه لتكذيبه وإنما سقط بإقرار الشاهد فينقلب نصيبه مالا وإن كذبه القاتل وصدقه صاحبه ضمن نصف الدية للمشهود
عليه ولا يضمن للشاهد شيئا وقال زفر لا شيء لهما لأن العفو ثبت في حقهما بتصادقهما ولم يثبت في حق القاتل لتكذيبه فسقط
نصيب الشاهد ولم يجب لتكذيبه نصف الدية فبرئ القاتل ولنا أن القاتل لما كذب الشاهد في الشهادة بالعفو فقد كذبه
فيما ادعى عليه من نصف الدية وأقر للمشهود عليه بنصف الدية في ماله لأنه زعم أن نصيب المشهود عليه إنما سقط لمعنى جاء من
قبل الشاهد لا من جهته فإنه أنكر عفو المشهود عليه والمشهود عليه لما صدق الشاهد في شهادته فقد أقر بذلك المال للشاهد
والمقر له بالمال إذا قال للمقر ما أقررت به ليس لي وإنما هو لفلان كان المقر به لفلان كمن أقر بمائة لزيد فقال زيد هي لعمرو صارت
المائة لعمرو فكذا هذا وأما القسم الثاني لو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو فلا يخلو إما أن يشهدا معا أو متعاقبا فإن
شهدا معا إن كذبهما القاتل بطل حقهما لأن كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص في نصيبه نصف الدية وأنه وجب له على
القاتل لأن كل واحد منهما زعم أن حق الباقي في القصاص قد سقط وانقلب نصيبه مالا فصح إقرارهما بسقوط القصاص لأنهما
لا يتهمان في حقهما ولم يصح بالمال على القاتل لأنه دعوى والدعوى لا تثبت إلا بحجة وكذلك إن صدقهما القاتل لأنه متى صدق
أحدهما في دعواه فقد كذب الآخر في دعواه من المال لأن العافي لا يجب له شيء فقد تعارض التصديق والتكذيب بالشك فصار
كأنه سكت وإن صدقهما على التعاقب فلهما دية كاملة لأنه لما صدق الأول في دعواه المال فقد كذب الثاني في دعواه المال فإذا صدق
الثاني بعد ذلك فقد صدقه بعدما كذبه والتصديق بعد التكذيب جائز وتصديق الثاني أن صار مكذبا فيما ادعاه إلا أنه كذبه بعد
ما تقدم حكم التصديق بالسكوت عليه وكان التكذيب منه رجوعا عن إقراره فلم يصح وأما إذا شهدا متعاقبا فإن كذبهما القاتل
فللشاهد آخرا نصف الدية ولا شيء للأول لأن القاتل لما كذب الأول فقد زعم أن للثاني نصف الدية ولم يثبت عفوه ولم يوجد منه
تكذيب القاتل في إقراره فوجب له نصف الدية والأول قد أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية وجب له على القاتل وقد كذبه
القاتل في ذلك فلم يثبت وكذلك إن صدقهما معا فلا شيء للأول وللثاني نصف الدية لأنه تعارض التصديق والتكذيب منه في حق كل
واحد منهما فتساقطا فصار كأنه سكت ولو سكت يجب للثاني نصف الدية ولا يبطل بتكذيب القاتل لأن تكذيب القاتل باطل في حق
الثاني وإن صدقه الثاني وكذبه الأول فللثاني نصف الدية ولا شيء للأول لأنه ثبت عفو الأول في حق القاتل بتصديق الثاني في شهادته
ولم يثبت عفو الثاني بتكذيب الأول في شهادته ولو عفا أحد الوليين وعلم الآخر أن القتل حرام عليه فقتل عليه القصاص وله نصف
الدية في مال القاتل لأن قتله محض حرام وإن لم يعلم بالحرمة فعليه الدية في ماله علم بالعفو أو لم يعلم لأنه اشتبه عليه لأن ظنه استند إلى
دليل يوجب الاشتباه وهو القياس على سائر الحقوق المشتركة بين اثنين إذا أبرأ أحدهما لا يبطل حق الآخر فكانت ظنا في موضع
الاشتباه فأورث شبهة لسقوط القصاص ولهذا اشتبه على عمر رضي الله عنه مع جلالة قدره في العلم حيث شاور ابن مسعود في ذلك

على ما ذكرنا قال رحمه الله ﴿وإن أشهدا أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص﴾ لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة
وفي ذلك القصاص على ما عرف والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لأنه إذا كان سببا لا يجب عليهم أن يعلموه بل
يقولون قصد ضربه وأصابه لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش وأقام على ذلك حتى مات قال
الشارح وأوله إن أشهدوا أنه ضربه بشيء جارح أقول قال في الكفاية إنما أوله لتكون المسألة مجمعا عليها قال في معراج الدراية
الإطلاق في الجامع الصغير إن كان قول علمائه ويجري على الإطلاق وإن كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة قال جمهور
المعراج فإن قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا
أنه كان عمدا قلنا لم يشهدوا أنه ضربه به وإنما يشهدون أنه قصد ضربه فأصابه وقالوا كذلك ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده قال
رحمه الله ﴿وإن اختلف شاهدا القتل في الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم أدر بماذا
قتله بطلت﴾ ولو قال المؤلف ولو شهد أربعة بقتل واختلفوا في الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قالا قتله بعصا وقال الآخران لم ندر
بماذا قتله بطلت لكان أولى لأنه إذا علم بطلان شهادة المثنى عند الاختلاف علم بطلان شهادة الفرد من باب أولى لأن القتل
لا يتكرر فالقتل في زمان أو في مكان غير القتل في مكان آخر أو في زمان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة أخرى وتختلف
الأحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل ولأن اتفاق الشاهدين شرط للقبول ولم يوجد ولأن القاضي
يقضي بكذب أحدهما لاستحالة اجتماع ما ذكرناه فصار مثله وكذا لو كمل النصاب في كل واحد منهما لتيقن القاضي بكذب أحد
الفريقين دون الآخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المعارض أطلق في المكان وهو مقيد بالكبير قال شيخ الإسلام خواهر
زاده في شرح ديات الأصل أنهما إذا اختلفا في المكان والمكانان متقاربان بأن كان بيت صغير فشهد أحدهما أنه قتله في هذا الجانب
وشهد الآخر أنه قتله في الجانب الآخر فإنه تقبل الشهادة استحسانا وكذلك لو اختلفا في الآلة وفي الأسماء كما إذا كان قال أحدهما
قتله بالسيف وقال الآخر قتله بالقصاص وقيدنا بما ذكرناه لأنهما لو اختلفا في القاتل لا تقبل كما سيأتي واعلم أن الكلام في الآلة على
قول أحدهما أن يتفقا على الآلة بأن شهدا أنه قتله عمدا بالسيف أو قتله بالعصا فإن شهدا أنه قتله بالسيف إن ذكرا صفة العمد
بأن قالا قتله عمدا بالسيف فإنه تقبل شهادتهما ويقضي عليه بالقصاص ولو قالا قتله بالسيف خطأ تقبل شهادتهما ويقضي بالدية على
العاقلة وإن سكتا عن ذكر صفة العمد والخطأ بأن لم يذكرا صفة العمد سواء أو إن قالا لا ندري قتله عمدا أو خطأ فإنه تقبل هذه
الشهادة ويقضي بالدية في مال القاتل وهذا الذي ذكر أن الشهادة مقبولة جواب الاستحسان والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة
وإن شهدا أنه قتله بالعصا إن كان العصا صغيرا لا يقتل مثله غالبا فإنه تقبل الشهادة ويقضي بالدية عندهم جميعا كما لو ثبت معاينة
سواء شهدا بالعمد أو بالخطأ أو أطلقا وإن كان العصا كبيرا يقتل مثله غالبا فعلى قول أبي حنيفة الجواب عنه كالجواب فيما لو شهدوا أنه
قتله بالسيف وأما إذا بين أحدهما الآلة وقال الآخر لا أدري بماذا قتله فلأن المطلق يغاير المقيد لأنه معدوم والمقيد موجود فاختلفا
وكذا أيضا حكمهما مختلف فإن من قال قتله بعصا يوجب الدية على العاقلة ومن قال لا أعلم بماذا قتله على القاتل فيختلف المشهود به
فبطلت وهو المراد بقوله وقال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم أدر بماذا قتله وكذا لو شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على إقرار
القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به فإن شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على إقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف
المشهود به فإن أحدهما فعل يوجب القصاص والآخر الدية قال رحمه الله ﴿وإن شهدا أنه قتله وقالا لا ندري بماذا قتله﴾ يعني بأي
شيء قتله وجبت عليه الدية في ماله استحسانا والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة أصلا لأنهما شهدا بقتل مجهول لأن الآلة إذا جهلت
فقد جهل القتل لأن القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة فيكون هذا غفلة من الشهود ووجه الاستحسان أنهما شهدا بقتل مطلق
والمطلق ليس بمجهول لإمكان العمل به فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة بل يحمل على أنهما سعيا
لدرء المندوب إليه في العقوبات استحسانا بالمطلق ومثل ذلك سائغ شرعا لأن الشرع أطلق الكذب في إصلاح ذات البين على
قوله عليه الصلاة والسلام ليس بكذاب من أصلح بين اثنين فقال خيرا أو نمى خيرا فهذا مثله أو أحق منه فيحمل عليه ولا يثبت
جهلهما أو اشتراطهما بالشك وإنما وجبت الدية في ماله دون العاقلة لأن المطلق يحمل على الكمال ولا يثبت الخطأ بالشك وقال محمد
رحمه الله رجل قتل وله وليان لا وارث له غيرهما فأقام أحدهما وهو عبد الله بينة على صاحبه وهو زيد أنه قتله عمدا وأقام زيد على

أجنبي بينة أنه قتله عمداً فعليه القود عند أبي حنيفة رحمه الله وعلى قول المشهود عليه وهو زيد نصف الدية في ماله لصاحبه وعلى
المشهود عليه الأجنبي نصف الدية في ماله لصاحبه وإن كان القتل خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف الدية وقال أبو يوسف ومحمد
بينة الابن التي أقامها أولى ويقضى له على الأخ المشهود عليه بالقود إن كان عمداً وإن كان خطأ فالدية على عاقلته وتبطل بينة الابن
المشهود عليه بالقود واختلف المشايخ في الميراث قال بعضهم الميراث بينهما أرباعاً ثلاثة أرباع لعبد الله وربعه لزيد وقال بعضهم
الميراث بينهما نصفان وهو الأصح ولو أقام كل واحد منهما البينة على صاحبه أنه قتل أباهما عمداً أو خطأ فعلى قول أبي يوسف ومحمد
تهاترت البينتان لا تجب الدية والميراث بينهما وأما على قول أبي حنيفة يقضى لكل واحد منهما على صاحبه بنصف الدية إن كان
القتل عمداً أو قياساً وإن كان خطأ فعلى عاقلة كل منهما الدية لو كان البنون ثلاثة فأقام عبد الله على زيد بينة أنه قتل الأب وأقام
محمد وزيد على عبد الله أنه قتل الأب فههنا تقبل البينتان بالاتفاق ولا يجب القصاص على واحد منهم بالاتفاق ثم على قول أبي حنيفة
رحمه الله يقضى لكل واحد منهم على صاحبه بثلث الدية في ماله إن كان عمداً وعلى عاقلته إن كان خطأ ويكون الميراث بينهم أثلاثاً
وأما على قول أبي يوسف ومحمد يقضى لكل واحد منهم على صاحبه بنصف الدية ولو أقام عبد الله البينة على زيد وعمرو أنهما قتلا
أباهم عمداً أو خطأ وأقام زيد وعمرو البينة على عبد الله أنه قتل أباهم عمداً أو خطأ تهاترت البينتان عندهما وانتصفت الوراثة بينهم
أثلاثاً كما لو لم توجد إقامة البينة فأما على قول أبي حنيفة يقضى لعبد الله على زيد وعمرو بنصف الدية في مالهما إن كان عمداً وعلى
عاقلتهما إن كان خطأ وفي مال عبد الله وإن كان خطأ فعلى عاقلته والميراث يكون نصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو ولو أقام عمرو على
زيد البينة أنه قتل أباهم لم يقم واحد منهما البينة على عبد الله فإنه يقال لعبد الله ما تقول في هذا وإنما وجب السؤال لعبد الله لأنه
صاحب حق في هذا الدم إذ هو ليس بقاتل فعند هذه المسألة على ثلاثة أوجه إما إن يدعي عبد الله على أحدهما بعينه أو لم يدع على
واحد منهما إن قال لم يقتله واحد منهما أو ادعى عليهما بأن قال هما قتلاه فإن ادعى القتل على واحد بعينه وهو عمرو فعلى قياس
أبي حنيفة يقضى على عمرو بثلاثة أرباع الدية ويكون ذلك بينه وبين عبد الله نصفين فإن كان القتل عمداً ففي مال عمرو وإن كان
خطأ فعلى عاقلة عمرو ويقضى لعمرو على زيد بربع الدية ويكون ذلك في مال زيد إن كان عمداً وإن كان خطأ فعلى عاقلته وأما الميراث
فنصفه لعبد الله ونصفه لزيد وعمرو وأما على قول أبي يوسف ومحمد يقضى لعبد الله على عمرو بالقود إن كان عمداً ويقضى بالدية على
عاقلة عمرو إن كان خطأ ويكون ذلك بين عبد الله وزيد نصفين ويكون الميراث بينهما نصفين أيضاً وإن لم يدع عبد الله القتل على
واحد منهما بأن قال لم يقتله واحد ففي قياس قول أبي حنيفة يقضى لعمرو على زيد بربع الدية إن كان عمداً ففي ماله وإن كان خطأ
فعلى عاقلته ولا شيء لعبد الله من الدية ويكون الميراث أثلاثاً وعند أبي يوسف ومحمد لا يقضى لهما بشيء لا بالدية ولا بالقصاص وإن
ادعى القتل عليهما بأن قال قتلاه فعلى قول أبي حنيفة لا يقضى لعبد الله بشيء من الدية وأما الميراث فنصفه لعبد الله ونصفه لهما وأما
على قول أبي يوسف ومحمد فتتهاتر بينة كل واحد منهما على صاحبه ولا بينة لعبد الله على ما يدعي فلا يقضى بشيء من الدية
والميراث يكون بينهم أثلاثاً ولو ترك المقتول أخاً وابناً فأقام الأخ البينة على الابن أنه قتل الأب وأقام الابن البينة على الأخ أنه هو
الذي قتل الأب كانت بينة الابن أولى بلا خلاف وإذا كان ابنين يجب أن يقضى هناك بنصف الدية على قول أبي حنيفة وههنا بينة
الابن أولى ولم يذكر الخلاف ولو ترك المقتول ابنين وأخاً فأقام كل واحد من الابنين البينة على صاحبه بالقتل وصدق الأخ أحدهما
أو صدقهما كان التصديق من الأخ والعدم بمنزلة واحدة وإن أقام الأخ بينة أنهما قتلاه بعد أن أقام كل واحد من الابنين البينة على
صاحبه أنه هو القاتل فعلى قول أبي يوسف مع محمد البينة بينة الأخ ويكون الميراث له ويقتل الابنين إن كان القتل عمداً وإن كان خطأ
فعلى عاقلتهما الدية ولم يذكر قول أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسألة وينبغي أن يكون عنده أن لا تقبل بينة الأخ وإن ترك
ثلاث بنين فأقام ابنان منهم على الثالث أنه قتل أباهم وأقام الثالث بينة بذلك على الأجنبي فعلى قول أبي يوسف ومحمد بينة الابنين
أولى فيقضي القاضي بالقصاص على الثالث للآخرين إن كان عمداً وبالدية على عاقلته إن كان خطأ ولا يرث الابن المشهود عليه
ويكون الميراث بين الابنين على بينة الثالث فيقضى للابنين على الثالث بثلثي الدية إن كان عمداً في ماله وإن كان خطأ فعلى عاقلته
ويقضى للثالث على الأجنبي بثلث الدية ويكون الميراث بينهم أثلاثاً وإذا قتل الرجل وترك ثلاثاً فأقام الأكبر بينة على الأوسط أنه
قتل الأب وأقام الأوسط بينة على الأصغر بذلك وأقام الأصغر بينة على الأجنبي بذلك ففي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يقضى

لكل

لكل واحد منهم على الذي أقام عليه البينة ثلث الدية وأما على قول أبي يوسف ومحمد يقضي للأكبر على الأوسط بنصف الدية وللأوسط على الأصغر بنصف الدية ولا يقضي للأصغر على الأكبر بشيء قال رحمه الله ﴿وإن أقر كل واحد منهم أنه قتله وقال الولي قتلتماه جميعا فله قتلهما ولو كان مكان الإقرار شهادة لغت﴾ يعني لو أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل زيدا منفردا فقال الولي قتلتماه جميعا فله قتلهما وإن شهد اثنان على رجل أنه قتله وشهد آخران على آخر أنه قتله بطلت الشهادة والفرق بينهما أن كل واحد من الإقرار والشهادة يثبت أن كل القتل وجد من المقر والمشهود عليه ومقتضاه أن يجب القصاص عليه وحده لأن معنى قوله أنا قتلته انفردت بقتله وكذا قول الشهود قتله ولأن يوجب انفراده بالقتل وقول الولي قتلتماه تكذيب له حيث ادعى اشتراكهما في القتل فكأنه قال لم ينفرد أحدكما بقتله بل شاركه الآخر وهذا القدر من التكذيب يمنع صحة قبول الشهادة لادعائه فسقهم بدون الإقرار لأن فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار ولو قال في الإقرار صدقتما ليس له أن يقتل واحدا منهما لأن تصديق كل واحد منهما تكذيب للآخر لأن كل واحد منهما يدعي الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كأنه قال لكل واحد منهما قتلت وحدك ولم يشاركك فيه أحد فيكون مقرا بأن الآخر لم يقتله بخلاف الأول وهو ما إذا قال قتلتماه تصديق لهما قلنا هو تصديق ضمني والضمني يتسامح فيه ما لا يتسامح في القصدي وهو قوله صدقتما ولو أقر رجل أنه قتله وقامت البينة على الآخر أنه قتله وقال الولي قتلتماه كلاكما كان له أن يقتل المقر دون المشهود عليه لأن فيه تكذيبا لبعض موجبه على ما مر وعلى هذا لو قال لأحد المقرين صدقت أنت قتلته وحدك كان له أن يقتله لأنهما تصادقا على وجوب القتل عليه وحده وكذا إذا قال لأحد المشهود عليهما أنت قتلته كان له أن يقتله لعدم تكذيب الشهود وإنما كذب الآخرين وكذلك الحكم في الخطأ جميع ما ذكرنا وفي الأصل ادعى الولي العمد أو الخطأ وصدق المدعى عليه أو كذب ويدخل فيه اختلاف الشاهدين الأصل أن تعذر استيفاء القصاص بعد ظهور القتل إن كان لمعنى من جهة الولي لا تجب الدية وإن كان لمعنى من جهة القاتل تجب الدية استحسانا إذا ثبت هذا يخرج على الأصل الذي قلنا فرع على ما إذا ادعى الولي الخطأ وأقر القاتل بالعمد فقال لو صدق الولي بعد ذلك القاتل وقال إنك قتلته عمدا فلا شيء على القاتل بالعمد وعن أبي يوسف في نوادر ابن سماعة إذا ادعى الولي الخطأ وأقر القاتل بالعمد فعلى القاتل الدية وقال محمد رحمه الله تعالى في الزيادات ادعى رجل على رجلين أنهما قتلا وليه عمدا بحديدة وله عليهما القصاص فقال أحدهما صدقت وقال الآخر ضربته أنا خطأ بالعصا فإنه يقضي لولي القتيل عليهما بالدية في مالهما في ثلاث سنين وهذا الذي ذكرنا استحسان والقياس أن لا يقضي عليهما بشيء ولو ادعى الولي العمد عليهما وصدقه أحدهما في ذلك وأنكر الآخر القتل فلا شيء على المقر وفي الخانية ولو ادعى الخطأ عليهما وأقر أحدهما بالعمد وجحد الآخر لم يقض بشيء ولو ادعى العمد عليهما فأقر أحدهما وجحد الآخر القتل فقتل المقر ولو أقر أحدهما بالعمد والآخر بالخطأ وأنكر شركة الخاطئ فقتل العامد ولو قال رجل لرجل قتلت أنا وفلان وليك عمدا وقال فلان قتلناه خطأ وقال الولي للمقر بالعمد أنت قتلته وحدك عمدا فإن للولي أن يقتل المقر وإن ادعى الولي الخطأ في هذه الصورة لا يجب شيء رجل قطع يده ورجله ومات منهما فقال رجل قطعت يده عمدا وفلان قطع رجله ومات من ذلك وقال الولي لا بل أنت قطعت ذلك كله عمدا فإن للولي أن يقتله وإن قال لا أدري من قطع رجله لا يكون له أن يقتل المقر وإن أزال الولي الجهالة بعد ذلك وقال زفر إذا بين صح بيانه حتى كان له أن يقتل المقر قال مشايخنا وهذا إذا بين الولي قبل أن يقضي القاضي ببطلان حقه في القصاص قبل المقر حيث قال لا أدري من قطع رجله فأما إذا قضى بذلك ثم بين لا يصح بيانه ولا يكون له أن يقتل المقر وفي نوادر بشر عن أبي يوسف رجل قال لرجل أنا قتلت وليك عمدا فصدقه وقتله ثم جاء آخر وقال أنا الذي قتلته وحدي وصدقه فعليه الدية الذي قتله وله على الآخر الدية قال محمد رحمه الله في الزيادات ادعى رجل على رجلين أنهما قتلا وليه عمدا بالسيف وقضي له عليهما بالقصاص فأقر أحدهما بالقتل وأقام آخر شاهدين على الآخر أنه قتله وحده عمدا كان للمدعي أن يقتل المقر مكان العمد وليس له أن يقتل المشهود عليه وبطلت شهادة الشاهدين ولو كان مكان قتل العمد قتل الخطأ وباقي المسألة بحالها لا شيء على المشهود عليه من الدية وعلى المقر نصف الدية وإن أقر بالكل وفيها أيضا رجل قتل مقطوع اليدين وادعى وليه أن فلانا قطع يده اليمنى عمدا وفلان قطع يده اليسرى عمدا ومات منهما فقال المدعى عليه أنا قطعت يده اليسرى عمدا ولا أدري من قطع يده اليمنى إلا أني أعلم أن اليمنى قطعت عمدا ومات من القطع وقال المدعى عليه قطعت اليد اليسرى ومات منها خاصة لا شيء على المقر ولو قال الولي قطع فلان يده اليسرى عمدا ولا أدري من قطع اليمنى إلا أني أعلم أن اليمنى قطعت عمدا فمات منهما لا يقاد عليه وعليه نصف الدية استحسانا والقياس أن لا يلزمه شيء من

البينة وفيها أيضا رجل ادعى على رجل أنه شج وليه موضحة عمدا ومات منها وجحد المدعى عليه ذلك فجاء المدعي بشاهدين فشهد أحدهما بالموضحة وبالموت منها كما ادعاه المدعي وشهد الآخر بالموضحة والبرء فقبلت شهادتهما على الموضحة وقضى بالقصاص في الموضحة من مثل قصاص فيما ذكره من الجواب قول أبي يوسف ومحمد أما على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن لا تقبل هذه الشهادة ولا يقضى بشيء ومنهم من قال لا بل هذا قول الكل ولو ادعى الموضحة والبرء منها وشهد أحد الشاهدين بالموضحة والبرء والآخر بالسراية لا تقبل الشهادة ولو ادعى الولي أنه مات منها وجاء بشاهدين شهد أحدهما كما ادعاه المدعي وشهد الآخر أنه برئ من ذلك فبطلت الشهادة على الشجة وقضى بأرشها في مال الجاني وكذلك لو كان المقتول عبدا لرجل فادعى مولاه أن الجاني شجه موضحة عمدا ومات منها وأن له عليه القود وجاء بشاهدين وشهد أحدهما كما ادعى المدعي وشهد الآخر أنه برأ منها فالقاضي يقضي بأرش الشجة في مال الجاني والله أعلم

﴿باب في بيان اعتبار حالة القتل﴾

لما كانت الأحوال صفات لذوات ذكرها بعد القتل وما يتعلق به قال رحمه الله ﴿المعتبر حالة الرمي﴾ في حق الحل والضمان عند ذلك قال رحمه الله ﴿فتجب الدية بردة المرمي إليه قبل الوصول﴾ يعني لو رمى رجل رجلا مسلما فارتد المرمي إليه والعياذ بالله قبل وصول السهم إليه ثم وقع به السهم تجب على الرامي الدية وهذا عند الإمام وقالا لا شيء عليه لأن التلف حصل في محل لا عصمة له لأنه بارتداده أسقط تقوم نفسه فصار مبرئا للرامي عن موجبه كما لو أبرأه بعد الجناية وللإمام أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي لأنه هو الذي يدخل تحت قدرته دون الإصابة ولا فعل له بعده فلا يعتبر فيعتبر حالة الرمي ألا ترى أنه لو رمى إلى صيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله تعالى فأصاب السهم الصيد وهو مرتد فجرحه ومات بالجرح حل أكله وكذلك لو كبر بعد الرمي قبل الإصابة جاز تكبيره وكان القياس أن يجب القصاص لما ذكرنا لكنه سقط بالشبهة قال في النهاية وقولهما إنه بالارتداد صار مبرئا له عن ضمان الجناية غير صحيح لأن اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف تصير مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي قال رحمه الله ﴿لا بإسلامه﴾ أي لا يجب شيء بإسلام المرمي إليه بأن رمى إلى حربي أو مرتد فأسلم قبل الإصابة ثم أصابه بعدما أسلم وهذا بالإجماع لأن الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل لأن المرتد والحربي لا عصمة لهما قال رحمه الله ﴿والقيمة بعتقه﴾ يعني لو رمى إلى عبد فأعتقه المولى بعد الرمي قبل الإصابة فأصابه السهم فمات لزم الرامي القيمة عند الإمام وقال محمد له فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي لأن العتق قطع السراية وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهي جناية ينقص بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته ألف درهم قبل الرمي وثمانمائة بعد الرمي يلزمه مائتان لأن العتق قاطع للسراية ألا ترى أن من قطع يد عبد ثم أعتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه إلا أرش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع إلى العتق وهو نقص الرمي فصار جانيا عليه لأنه يوجب النقصان ولأبي حنيفة رحمه الله أن الرمي صيره قاتلا من وقت الرمي وهو مملوك في تلك الحالة بخلاف القطع والجرح لأن كل واحد منهما إتلاف بعض المحل والإتلاف يوجب الضمان للمولى لأنه ورد على محل مملوك له ثم إذا سرى لا يوجب شيئا لأنه لو أوجب شيئا لوجب للعبد لا للمولى لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه فتصير النهاية مخالفة للبداية فصار ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل لا تعتبر السراية فكذا هنا أما الرمي فقبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه لأنه لا أثر له في المحل وإنما قلت فيه الرغبات ولا يجب فيه الضمان قبل الاتصال بالمحل وعند الاتصال بالمحل يستند الوجوب إلى وقت الرمي فلا تتعدد ولا تخالف النهاية البداية فيجب قيمته للمولى وقال زفر رحمه الله عليه الدية لأن الرمي إنما صار علة عند الإصابة إذ الإتلاف لا أثر له من غير تلف يتصل به ووقت التلف هو حر فتجب ديته وأبو يوسف مع أبي حنيفة فيه والفرق له بين هذا وبين ما تقدم من مسألة الارتداد أنه اعترض على الرمي ما يوجب عصمة المحل فيما تقدم فيحصل ذلك بمنزلة الإبراء أما هنا اعترض على الرمي ما يؤكد عصمة المحل وهو الإعتاق فلا يبطل به الجناية قال رحمه الله ﴿ولا يضمن الرامي برجوع شاهد الرجم بعد الرمي﴾ معناه إذا قضى القاضي برجم رجل فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود بعد الرمي قبل الإصابة ووقع عليه الحجر فلا شيء على الرامي لما أن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم قال رحمه الله ﴿وحل الصيد بردة الرامي لا بإسلامه﴾ معناه إذا رمى مسلم صيدا فارتد قبل وقوع السهم بالصيد حل أكله ولو رماه وهو مجوسي فأسلم قبل الوقوع لا يحل لأن المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة إذ الرمي هو الذكاة لأنه فعله ويدخل تحت قدرته لا الإصابة فيعتبر الأهلية وعدمها عنده قال رحمه الله ﴿ووجب الجزاء بحله لا بإحرامه﴾ أي لو رمى المحرم

صيدا قبل الاصابة ثم أصاب وجب عليه الجزاء وان رماه وهو حلال فأحرم قبل الاصابة فوقع الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء لان الجزاء يجب بالتعدي وهو الرمي في حالة الاحرام ووجد ذلك في الاول دون الثاني والاصل في مسائل هذا الكتاب ان يعتبر وقت الرمي بالاتفاق واستبعد أبو يوسف ومحمد عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرئا له على ما بينا في أول هذا الفصل والله تعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الديات ﴾

قال في العناية ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما ان الدية أحد موجبي الجناية في الآدمي صيانة له عن القصاص لكن القصاص أشد صيانة فلذا قدمه والكلام فيها من وجوه الاول في دليل مشروعيتها والثاني في معناها لغة والثالث في معناها عند الفقهاء والرابع في سبب وجوبها والخامس في فائدتها والسادس في ركنها والسابع في شرطها والثامن في حكمها أما دليل المشروعية فقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وأما معناها في اللغة فالدية مصدر ودى القاتل المقتول أعطى ديته وأعطى لوليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر كذا في المغرب قال في القاموس الدية حق للقتيل جمعها ديات وفي الصحاح وديت القتيل أديه دية اذا أعطيت ديته وأما معناها شرعا فالدية عبارة عما يؤدى وقد صار هذا الاسم علما على بدل النفوس دون غيرها وهو الارش وأما سبب وجوبها فالخطأ فان الآدمي لما خلق في الاصل معصوم النفس محقون الدم مصونا عن الهدر فيجب صون حقه عن البطلان وأما الخامس وهو فائدتها فهو دفع الفساد واطفاء نار ولي المقتول وأما ركنها فهو الاداء والايتاء وأما شرط وجوبها فكون المقتول معصوم الدم متقوما بعصمة الدار وعصمة الاسلام حتى لو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتل لا تجب الدية وأما حكمها فتمحيص ذنب التقصير بالتكفير وفي المبسوط يحتاج الى بيان كيفية وجوب الدية وكيفية مقدارها أما كيفية وجوب الدية ففي نفس الحر تجب دية كاملة يستوي فيها الصغير والكبير والوضيع والشريف والمسلم والذمي وقال الشافعي رحمه الله دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم وفي المجوسي ثمانمائة والصحيح قولنا لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية المستأمنين اللذين قتلهما عمرو بن أبي أمية كدية حرين مسلمين وعن الزهري أنه قال قضى أبو بكر وعمر في دية الذمي بمثل دية المسلم ولانهما يستويان في العصمة والحرية ولهذا قال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ونقص الكفر يؤثر في أحكام العقائد فيستويان في الدية قال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارش اسم للواجب على ما دون النفس اهـ أقول الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس ويخالفه ما سيجيء في الفصل الآتي من ان في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي اللحية الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس وفي اللسان الدية وفي المارن وهكذا هو الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه كما سيأتي فالاظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب العناية آخرا فانه بعد ان ذكر مثل ذلك في المغرب وعامة الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي أو طرف منه سمي بها لانه يؤدى عادة لانه قل ما يجري فيه العفو لعظم حرمة الآدمي اهـ ولما كان المقصود من الفقه بيان الاحكام لا بيان الحقائق ترك المؤلف بيان الحقيقة وشرع يبين أنواعها قال رحمه الله ﴿دية شبه العمد مائة من الابل أرباعا من بنت مخاض الى جذعة﴾ يعني خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد والشافعي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ثنية في بطونها أولادها لقوله عليه الصلاة والسلام الا ان قتيل الخطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الابل أربعون منها ثنية الى بازل عامها كلهن خلفة ولانه لا خلاف ان التغليظ فيه واجب لشبهه بالعمد ومعنى التغليظ يتحقق بايجاب شيء لا يجب في الخطأ ولهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية بمائة من الابل أرباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانه تجب فيه أخماسا فعلم ان المراد به شبه العمد ولانه لا خلاف بين الامة ان الدية مقدرة بمائة من الابل قال عليه الصلاة والسلام في نفس المؤمن مائة من الابل واختلفوا في صفة التغليظ فذهب ابن مسعود رضي الله عنه الى انها أرباع مثل مذهبنا ومذهب علي رضي الله

عنهما بالاثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة قال رحمه الله ﴿ولا تغلظ الدية الا في الابل﴾ لان الشرع ورد به وعليه الاجماع والمقدرات لا تعرف الا سماعا اذ لا مدخل للرأي فيها فلم تغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه لعدم التوقيف بالتقدير بغير الابل قال رحمه الله ﴿وفي الخطأ مائة من الابل أخماسا﴾ أي دية الخطأ مائة من الابل أخماسا ابن مخاض الخ أي عشرون ابن مخاض وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة فاذا كانت أخماسا يكون من كل نوع من هذه الانواع عشرين لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض رواه أبو داود والترمذي وأحمد وغيرهم والشافعي أخذ بمذهبنا غير انه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما روينا ولان ما قلناه أخف لاقامة ابن المخاض مقام ابن لبون وكان ابن لبون أليق بحال المخطئ ولان الشرع جعل ابن اللبون بمنزلة بنت المخاض في الزكاة حيث أخذه مكانها فايجاب العشرين منه مع العشرين من بنت المخاض كايجاب أربعين بنت مخاض وذلك لا يليق بل لا يجوز لعدم التغاير وذلك لانه عليه الصلاة والسلام لم يرد تغيير أسنان الابل الا التخفيف ولا يتحقق فيه التخفيف فلا يجوز قال رحمه الله ﴿أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم﴾ وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى الدية اثنا عشر ألف درهم لما روينا عن ابن عباس ان رجلا قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر ألفا رواه أبو داود والترمذي ولانه لا خلاف أنها من الدنانير ألف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وما قلنا أولى للتيقن به لانه أقل أو يحمل على ما رويناه على وزن خمسة وما روياه على وزن ستة وهكذا كانت دراهمهم من زمان النبي صلى الله عليه وسلم الى زمان عمر على ما حكاه البخاري في كتاب الزكاة فانه قال كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة الواحد منها وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار والثاني وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة الى آخر ما تقدم في كتاب الزكاة فجمع عمر رضي الله عنه بين الثلاثة فخلطها فجعله ثلاثة دراهم فصار ثلث المجموع درهما فكشف هذا ان الدينار عشرون قيراطا ووزن العشرة يكون مثله عشرين قيراطا ضرورة استوائهما ووزن الستة يكون نصف الدينار وعشرة فيكون اثني عشر قيراطا ووزن الخمسة يكون نصف الدينار فيكون عشرة قراريط فيكون المجموع اثنين وأربعين قيراطا فان جعلها أثلاثا صار كل ثلث أربعة عشر قيراطا وهو الذي كان عليه دراهمهم فاذا حمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة استويا والذي يرجح مذهبنا ما روي ان الواجب في الجنين خمسمائة درهم وهو عشر دية الام عندنا سواء كان ذكرا أو أنثى وعندنا عشر دية النفس ان كان أنثى ونصف العشر ان كان ذكرا وعلم بذلك ان دية الام خمسة آلاف ودية الرجل ضعف ذلك وهو عشرة آلاف ولانا أجمعنا انها من الذهب ألف دينار والدينار مقوم في الشرع بعشرة دراهم ألا ترى ان نصاب الفضة في الزكاة مقدر بمائتي درهم ونصاب الذهب فيها بعشرين دينارا فيكون عشرا بهذا القدر من كل واحد منهما اذ الزكاة لا تجب الا على الغني فعلم بذلك على ما صرنا ان الدينار مقدر بعشرة دراهم ثم الخيار في هذه الانواع الثلاثة الى القاتل لانه هو الذي يجب عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تجب منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لما روي عن جابر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم فرض في الدية على أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة رواه أبو داود وكان عمر رضي الله عنه يقضي بذلك على أهل كل مال كما ذكرنا وكل حلة ثوبان ازار ورداء وهو المختار وفي النهاية قيل في زماننا قميص وسراويل وله ان التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها ولا نعدل عن القياس والآثار التي وردت فيها تحتمل القضاء فيها بطريق الصلح فلا يلزم حجة وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وتأويله انه قولهما قال رحمه الله ﴿وكفارتهما ما ذكر في النص﴾ أي كفارة القتل خطأ وشبه العمد هو الذي ذكر في القرآن وهو الاعتاق والصوم على الترتيب متتابعا كما ذكر في النص قال الله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وشبه العمد خطأ في حق القتل وان كان عمدا في حق الضرب فيتناولهما الآية ولا يجتمعان فيه لعدم النقل بالاختلاف بخلاف الدية حيث تجب في شبه العمد مغلظة لوجود التوقيف في التغليظ في شبه العمد

دون الحلمة والمنادر لا تجب الا اجماعا قال رحمه الله ﴿ولا شوى الاطعام والجنين﴾ لان الاطعام لم يرد به النص والمقادير لم تعرف الا سماعا ولان المذكور كل الواجب اذ في الجواب أولى لانه كل المذكور والجنين لم تعرف حياته ولا سلامته ولا نه يجوز ولا نه عضو من وجه ولم يدخل تحت مطلق النص قال رحمه الله ﴿ويجوز الرضيع لو أحد أبويه مسلما﴾ لانه مسلم تبعا له والظاهر سلامة أطرافه على ما عليه الجبلة ولا يقال كيف اكتفى في هذا بالظاهر في سلامة أطرافه حتى جاز التكفير ولم يكتف بالظاهر في حق وجوب الضمان باتلاف أطرافه لانا نقول الحاجة في التكفير الى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدفع والحاجة في الاتلاف الى دفع الضمان وهو لا يصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد التكفير اذا عاش ولا كذلك الاتلاف فافترقا قال رحمه الله ﴿ودية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دونها﴾ روي ذلك عن علي موقوفا ومرفوعا وقال الشافعي الثلث وما دون الثلث لا ينتصف لما روي عن سعيد بن المسيب انه السنة وقال الشافعي السنة اذا أطلقت يراد بها سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولنا ما روينا وما رواه ينافيه أن كبار الصحابة أفتوا بخلافه ولو كان سنة النبي صلى الله عليه وسلم لما خالفوه وقوله سنة محمول على انه سنة زيد لانه لم يرو الا عنه موقوفا ولان هذا يؤدي الى المحال وهو ما اذا كان ألمها أشد ومصابها أكثر ان يقل أرشها بيانه انه لو قطع أصبعا منها يجب عشر من الابل واذا قطع أصبعين يجب عشرون واذا قطع ثلاثا يجب ثلاثون لانها تساوي الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث ولو قطع أربعة تجب عشرون للتنصيف فيما هو أكثر من الثلث فقطع الرابعة لا يوجب شيئا بل يسقط ما وجب بقطع الثالثة وحكمة الشارع تنافي ذلك فلا يجوز نسبته اليه لان من المحال ان تكون الجناية لا توجب شيأ شرعا وأقبح منه ان يسقط ما وجب لغيرها وهذا مما تحيله العقلاء بالبديهة ولان الشافعي يعتبر الاطراف بالانفس وتركه هنا حيث نصف دية النفس ولم ينصف دية الاطراف الا اذا زاد على الثلث قال رحمه الله ﴿ودية المسلم والذمي سواء﴾ لما روي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم فدى مستأمنين قتلهما عمرو بن أمية الضمري بمائة من الابل وقال عليه الصلاة والسلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وعن الزهري ان أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم وقال علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا وفي ظاهر قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله دلالة عليه لان المراد منه ظاهر ما هو المراد من قوله تعالى في قتل المؤمن ودية مسلمة الى أهله لانهم معصومون متقومون لاحرازهم أنفسهم بالدار فوجب ان يكونوا ملحقين بالمسلمين اذ يجب بقتلهم ما يجب بقتلهم ان لو كانوا مسلمين ألا ترى ان أموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب باتلافها ما يجب باتلاف مال المسلم واذا كان هذا في أموالهم فما ظنك في أنفسهم ولا يقال ان نقص الكفر فوق نقص الانوثة والرق فوجب ان تنتقص ديته به كما تنتقص بالانوثة والرق ولان الرق اثر الكفر فاذا انتقص باثره فأولى ان ينتقص به لانا نقول نقصان دية المرأة والعبد لا باعتبار نقصان الانوثة والرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية فان المرأة لا تملك النكاح والعبد لا يملك المال والحر الذكر يملكهما ولهذا زادت ديته ونقصت قيمتهما والكافر يساوي المسلم في هذا المعنى فوجب أن يكون بدله كبدله والمستأمن ديته مثل دية الذمي في الصحيح لما روينا

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان دية النفس شرع يذكر ما يلحق بها قال رحمه الله ﴿في النفس والمارن﴾ يعني تجب الدية في كل واحد منهما قال محمد رحمه الله وفي الانف الدية وفي المارن الدية والمارن ما لان من الانف وفي الذخيرة فيه حكومة عدل وفي الاصل واذا قطع أنف رجل وذهب شمه تجب دية كاملة وفي الظهيرية وبه يفتى وعن محمد أنه تجب حكومة العدل وفي الكافي ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة وطريق معرفة ذهاب الشم ان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان نفر عن ذلك علم انه لم يذهب شمه وفي المنتقى اذا جنى عليه فصار لا يستنشر من أنفه ولكن يستنشر من فمه فعليه حكومة عدل وفي شرح الطحاوي اذا قطع المارن ثم الانف فان كان قبل البرء تجب دية واحدة وان كان بعد البرء تجب الدية في المارن وحكومة العدل في الباقي وفي جنايات الحسن اذا كان انف القاطع أصغر كان المقطوع أنفه بالخيار ان شاء قطع أنفه وان شاء أخذ أرشه فان كان في أنف القاطع نقصان من شيء أصابه أو كان أخشم لا يجد الريح وكذلك الجواب وفي الحاوي أخشم يعني أصغر أو أخرق فالمقطوع أنفه بالخيار ان شاء قطع أنف القاطع وان شاء ضمنه دية الانف وفي الكبرى لو قطع الانف من أصل العظم اقتص منه ومعناه ما يليه المارن فانه قال لو ضرب أنفه فوق العظم فانكسر العظم وتدعدغ اللحم حتى ذهب بالانف لم يكن فيه قصاص وعن محمد أنه لو قطع

المارن وهي أرنبته يقتص منه وإن قطع من أصله فلا قصاص عليه لأنه عظم وليس بمفصل والجواب أما السن فقد قيل إنه ليس بعظم وإنما هو عصب ينعقد ولو كان عظما لنبت إذا كسر بخلاف سائر العظام ومراد محمد العظم الذي لا يقتص على حسب المراد إلا أنه شائع وأوجز في اللفظ وفي القدوري في الأنف المقطوعة أرنبته حكومة عدل وفي الأصل إذا انكسر أنف إنسان ففيه حكومة عدل وإذا قطع كل المارن عمدا يجب القصاص وإذا قطع بعضه لا يجب القصاص وإذا قطع بعض قصبة الأنف لا يجب القصاص بالاتفاق وإذا قطع كل الأنف لا يجب القصاص وعند أبي يوسف يجب هكذا ذكر الكرخي قال القدوري أراد بقوله إذا قطع كل الأنف يجب القصاص عن قول أبي يوسف في المارن أما قصبة الأنف فعظم ولا قصاص في العظم بالإجماع وقدمنا ذلك بتفاصيله

قال رحمه الله ﴿وفي اللسان والذكر والحشفة﴾ يعني الدية أما اللسان قال محمد في الأصل وفي اللسان الدية يريد به حالة الخطأ وإذا قطع بعض اللسان إن منعه عن الكلام ففيه كمال الدية وأما إذا منعه عن بعض الكلام دون البعض فإنه تجب الدية بقدر ما فات إن كان الفائت نصفا تجب نصف الدية وإن كان ربعا تجب ربع الدية وكيف يعرف مقدار الفائت من الباقي اختلف المشايخ المتأخرون قال بعضهم يعرف بالتهجي بحروف المعجم التي عليها مدار كلام العرب وهي ثمانية وعشرون حرفا فإن أمكنه التكلم بنصف الحروف أربعة عشر وعجز عن النصف علم أن الفائت نصف الكلام فتجب نصف الدية وإن أمكنه التكلم بثلاثة أرباع منها وذلك أحد وعشرون كان الفائت هو الربع فيجب ربع الدية وإن أمكنه التكلم بربعها وهو سبعة كان الفائت ثلاثة أرباعه فلزمه ثلاثة أرباع الدية والأصل في هذا ما روي أن رجلا قطع طرف لسانه في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأه أوجب الدية بحساب ذلك وقال بعضهم لا يتهجى بجميع حروف المعجم وإنما يتهجى بالحروف المتعلقة باللسان اللازمة فإن لم يمكنه التهجي بالنصف كان الفائت نصفا فيلزمه نصف الدية وإن أمكنه التكلم بالثلث يلزمه ثلثا الدية قالوا والأول أصح اهـ وفي التجريد المعتبر الحروف التي تتعلق باللسان فالهوائية والحلقية والشفوية لا تدخل في القسمة وفي السغناقي الحروف التي تتعلق باللسان وهي الألف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء فإن لم يمكنه إتيان بحرف منها يلزمه حصته من الدية فأما الهوائية والحلقية والشفوية فلا تدخل في القسمة فالشفوية الباء والميم والواو والحلقية الهاء والعين والغين والحاء والخاء والقاف هذا كله في لسان البالغ والكلام في لسان الصبي يأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى وإذا قطع لسان غيره عمدا ذكر في الأصل أنه لا قصاص بقطع البعض أو قطع الكل وعن أبي يوسف أنه إذا قطع الكل ففيه القصاص وفي شرح الطحاوي وإذا قطع اللسان إن لا قصاص فيه بالإجماع وفي العيون قال أبو حنيفة في اللسان إذا أمكن القصاص يقتص وفي الظهيرية والفتوى على أن لا قصاص في اللسان لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه لأنه ينقبض وينبسط وفي الواقعات لا قصاص في اللسان وإن قطع من وسط اللسان أو من طرفه فإن ادعى ذهاب الكلام يشغل عنه حتى يسمع كلامه أو لا يسمع وفي لسان الأخرس حكومة عدل وأطلق المؤلف في وجوب الدية في الذكر ولم يفرق بين شاب وشيخ ولا بين مريض وصحيح ولا بين ذكر خصي وعنين ولا بد من بيان ذلك ولو قال وقطع ذكر يفوت به الإيلاج لكان أولى وفي المحيط وفي ذكر الخصي والعنين حكومة عدل وعن الشافعي كمال الدية فلما ذكر الخصي والعنين لا يتصور منه الإيلاج بنفسه فلا تجب فيه دية وفي ذكر المريض دية كاملة لأنه بزوال المرض يعود إلى قوته الكاملة وفي ذكر الشيخ الكبير إن كان لا يتحرك ولا قدرة له على الوطء حكومة عدل وإن كان يتحرك ويقدر على الوطء دية كاملة وفي قطع الحشفة دية كاملة وفي قطع الذكر المقطوع الحشفة حكومة عدل وفي التجريد وفي الأنثيين كاملة كمال الدية وفيه أيضا وفي قطع الحشفة دية كاملة فإن جاء بعد ذلك وقطع باقي الذكر فقبل تخلل برء تجب دية واحدة كاملة ويجعل كأنه قطع الذكر بدفعة واحدة وإن تخلل بينهما برء يجب كمال الدية في الحشفة وحكومة العدل في الباقي وإذا قطع الذكر والأنثيين من الرجل الصحيح خطأ إن بدأ بقطع الذكر ففيه ديتان وفي التجريد وكذا إذا قطعهما من جانب واحد معا ففيه ديتان وفي التحفة وفي الأنثيين إذا قطعهما مع الذكر جملة مرة واحدة في حالة واحدة تجب عليه ديتان دية بإزاء الذكر ودية بإزاء الأنثيين وإن قطع الذكر أولا ثم الأنثيين تجب ديتان أيضا لأن بقطع الذكر تفوت منفعة الأنثيين وهي إمساك المني فأما إذا قطع الأنثيين أولا ثم الذكر تجب الدية بقطع الأنثيين وتجب بقطع الذكر حكومة العدل وفي الأنثيين إذا قطعهما جميعا كمال الدية وفي الظهيرية وفي أحدهما نصف الدية وقد قدمناه وفي المنتقى

عن شمه اذا قطع احدى اثنتيه فانقطع ماؤه دبه ونصف ولا يعلم ذهاب الماء الا باقرار الجاني وفي قطع الباقي من احدى الاثنتين يجب نصف الدية ولم يذكر في الكتاب انه اذا قطع الاثنتين عمدا هل يجب القصاص والظاهر انه يجب فيهما القصاص حالة العمد وان قطع الحشفة كان عمدا فيها القصاص وان قطع بعضها فلا قصاص فيه ولو قطع الذكر كله ذكر في الاصل انه لا قصاص لانه ينقبض وينبسط ولا يمكن استيفاء القصاص فيه وصار كاللسان وعن أبي يوسف انه يجب القصاص قال رحمه الله ﴿وفي العقل والسمع والبصر والشم والذوق﴾ يعني تجب في كل واحد منها دية كاملة أما العقل فلان بذهابه تذهب منافع الاعضاء كلها الا في افعال المجنون تجري مجرى أفعال البهائم وأما السمع فلانه بفواته يفوت جنس المنفعة على الكمال وهو منفعة الاسماع وأما الشم فلان بفواته يفوت ادراك الروائح الطيبة والتفرقة بين الرائحة الطيبة والخبيثة وأما الذوق فلان بفواته يفوت ادراك الحلاوة والمرارة والحموضة وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال أبو يوسف لا يعرف الذهاب والقول قول الجاني لانه المنكر ولا يلزمه شيء الا اذا صدقه أو نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر تعرفه الاطباء فيكون قول رجلين عدلين منهم حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العينين فان دمعت عينه علم انها باقية والا فلا وقيل القي بين يديه حية فان هرب منها علم انها لم تذهب وان لم يهرب فهي ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع أن يغافل ثم ينادى فان أجاب علم انه لم يذهب والا فهو ذاهب وروي عن اسمعيل بن حماد ان امرأة ادعت انها لا تسمع وتطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر كذبها قال رحمه الله ﴿واللحية ان لم تنبت وشعر الرأس والعينين والاذنين والحاجبين وثديي المرأة الدية وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفي أشفار العينين الدية وفي أحدها ربع الدية﴾ يعني اذا حلق اللحية أو شعر الرأس ولم ينبت في كل واحد منهما دية كاملة لانه أزال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعي لا تجب فيها الدية وتجب فيها حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا ينمو بعد كمال الخلقة ولهذا يحلق الرأس واللحية وبعضها في بعض البلاد فلا يتعلق به الدية كشعر الصدر والساق اذ لا تتعلق به منفعة ولهذا لا تجب في شعر العبيد نقصان القيمة ولنا قول علي رضي الله عنه في الرأس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة والموقوف في هذا كالمرفوع لانه من المقادير ولا يهتدى اليه بالرأي لان اللحية في أوانها جمال فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الاذنين الشاخصين والدليل على انه جمال قوله عليه الصلاة والسلام ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالقرون والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال وأما شعر العبد فقد روى الحسن عن أبي حنيفة انه يجب عليه كمال القيمة ولا يلزمنا والجواب عن الظاهر أن المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود في حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفي الشارب حكومة عدل في الصحيح لانه تابع للحية فصار طرفا من أطراف اللحية واختلفوا في لحية الكوسج والظاهر انه ان كان في ذقنه شعرات معدودة فليس في حلقها شيء لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان أكثر من ذلك كان على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي لحيته كمال جمال وهذا كله اذا أفسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق لفعل الجاني أثر في البدن ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه المحرم وان نبت أبيض فقد ذكر في النوادر انه لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة في الحر لان الجمال يزداد ببياض الشعر في اللحية وعندهما تجب حكومة عدل لان البياض يشينه في غير أوانه فتجب حكومة عدل باعتباره وفي العبد تجب حكومة عدل عندهم لانه تنتقص به قيمته ويستوي العمد والخطأ في حلق الشعر لان القصاص لا يجب فيه لانه عقوبة فلا يثبت فيها قياسا وانما يثبت نصا أو دلالة والنص انما ورد في النفس والجراحات ويؤجل فيه سنة فان لم ينبت فيها وجبت الدية ويستوي فيها الصغير والكبير والذكر والانثى فان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شيء عليه أما ما يكون من زوجين في الاعضاء كالعينين واليدين ففي قطعهما كمال الدية وفي قطع أحدهما نصف الدية وأصل ذلك ما روي انه عليه الصلاة والسلام قال في العينين الدية وفي أحدهما نصف الدية وفي الرجلين الدية وفي أحدهما نصف الدية ولان تفويت اثنين منها تفويت المنفعة أو تفويت الجمال على الكمال ففي تفويت الرجلين تفويت منفعة المشي وفي تفويت الاذنين تفويت منفعة الاصغاء والنسل وفي ثديي المرأة تفويت منفعة الارضاع بخلاف ثديي الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفي حلمتي المرأة

كان الدية وفي أحدهما نصف الدية لأنه فوت منفعة الإرضاع وإمساك الصبي لأنه إذا لم تكن لها حلمة لا تقدر على الصبي الالتقام عند
الإرضاع وقال مالك والشافعي تجب في الحلمتين حكومة عدل بناء على أصلهما أنهما لا يريان وجوب الدية في الشعر وعندنا تجب
فيهما الدية لأنه يفوت به الجمال على الكمال وأما ما يكون من الأعضاء أرباعا فهو أشفار العينين ففيها الدية إذا قطعها ولم تنبت وفي أحدها
ربع الدية لأنها تفوت به الجمال على الكمال وتفوت به دفع الأذى والقذى عن العين وتفوت ذلك ينقص البصر ويورث العمى
فإذا وجب في الكل الدية وهي أربعة يجب في الواحد منها ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي الثلاث ثلاثة أرباع الدية قال
محمد في أشفار العينين الدية كاملة إذا لم تنبت فأراد به الشعر لأن الشعر هو الذي ينبت دون الجفون وأيهما أزيل كان منهما لأن
في كل واحد من الشعر دية كاملة ولا يحتمل المعنى ولو قطع الجفون بأهدابها تجب دية واحدة لأن الأشفار مع الجفون كشيء واحد
كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر وأما ما يكون من الأعضاء أعشارا كالأصابع ففي قطع اليدين أو الرجلين كل الدية وفي قطع
واحد منها عشر الدية وفي قطع الجفون التي لا شعر فيها حكومة عدل وإذا كان الجاني على الأهداب واحدا وعلى الجفون واحد آخر
كان على الذي جنى على الأهداب تمام الدية وعلى الذي جنى على الجفون حكومة عدل وفي الظهيرية ولو حلق نصف اللحية فلم تنبت
وحلق ربع الرأس أو نصف الرأس تجب نصف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال لأن الشين إنما يكمل بفوات الكل وقال بعضهم
تجب كمال الدية لأن نصف الحلق لا يبقى زينة فيه فيفوت الزينة الكاملة وإن نصف اللحية ففيه كمال الدية كما لو قطع الشارب وفي لحية
العبد حكومة عدل وهو الصحيح لأن المقصود من العبد الخدمة لا الجمال لأن لحية العبد جمال من حيث إنه آدمي نقصان من حيث
إنه مال لأنه بما يوجب نقصانا في المالية فإنه لا يساوي غير الملتحي في الجمال فلم يوجد إزالة الجمال على الكمال وروي عن الحسن
عن أبي حنيفة رحمه الله أنه تجب كمال الدية لا القيمة لأن الجمال في حقه مقصود أيضا وإن نبت مكانها أخرى مثل الأولى فلا شيء فيها كما
في السن فإن كانت الأولى سوداء فنبت مكانها بيضاء ذكر في النوادر عن أبي حنيفة في الحر لا يجب شيء وفي العبد حكومة عدل
لأن السواد في الشعر مما ينقص من قيمة العبد لأن السواد في غير وقته عيب وشين قال رحمه الله ﴿وفي كل إصبع من أصابع اليد
أو الرجل عشر الدية وما فيها ثلاث مفاصل ففي أحدها ثلث الدية ونصفها لو فيها مفصلان﴾ يعني ما يكون من الأعضاء أعشارا
كالأصابع ففي كل إصبع عشر الدية ولو قطع أصابع اليدين أو الرجلين فعليه كل الدية لقوله عليه الصلاة والسلام وفي كل إصبع عشرة
من الإبل وفي قطع الكل تفويت منفعة المشي أو البطش وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها والأصابع كلها سواء لإطلاق
ما روينا ولأن الكل سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة وأما ما فيها ثلاث مفاصل ففي أحدها ثلث دية الإصبع لأنها ثلثها وما فيها
مفصلان كالإبهام ففي أحدهما نصف دية الإصبع لأنه نصفها وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع وهو المراد بقوله في المختصر
وما فيها ثلاث مفاصل ففي أحدها ثلث دية الإصبع ونصفها لو فيها مفصلان وإذا قطع الرجل أذن الرجل خطأ فألصقها المقطوعة أذنه في
مكانها فثبتت فعلى القاطع أرش الأذن كاملا قال الشيخ أحمد الطواويسي هذا الجواب غير صحيح لأن الأذن لا تتصور إثباتها
بالإلصاق وإنما تثبت باتصال العروق فإذا ثبتت فالظاهر أنه اتصل العروق وزال الجناية فيزول موجبها وفي الكبرى وإن جذب
أذنه فانتزع شحمته فعليه الأرش في ماله دون القصاص لعدم مراعاة التساوي في القصاص وعن أبي حنيفة فيمن قطع أذن عبد
أو أنفه فعليه ما نقصه قال رحمه الله ﴿وفي كل سن خمس من الإبل أو خمسمائة درهم﴾ يعني في كل سن نصف عشر الدية وهو خمس
من الإبل أو خمسمائة درهم لقوله عليه الصلاة والسلام وفي كل سن خمس من الإبل والأسنان والأضراس سواء وهي كلها سواء
لإطلاق ما روينا ولما روي في بعض طرقه والأسنان كلها سواء لأن الكل في أصل المنفعة سواء ولا يعتبر التفاوت فيه كالأيدي والأصابع
ولئن كان في بعضها زيادة منفعة ففي الآخر زيادة الجمال فاستويا فزادت دية هذا الطرف على دية النفس بثلاثة أخماس الدية لأن
الإنسان له اثنان وثلاثون سنا عشرون ضرسا وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فإذا وجب في الواحدة نصف عشر الدية
تجب في الكل دية وثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم هذا إذا كان خطأ وأما إن كان عمدا ففيه القصاص وقد بيناه
من قبل وقوله والأسنان والأضراس سواء قال في العناية في العبارة نظر والصواب أن يقال الأسنان كلها سواء أو يقال الأنياب
والأضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان
أسفل ومثلها رباعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الأنياب واثنا عشر سنا تسمى بالطواحن

من كل جانب ثنتان فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهو آخر الأسنان يسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل ولا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء لعوده إلى معنى أن يقال الأسنان وبعضها سواء اهـ أقول في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في أوله والصواب أن يقال وفيه إشارة إلى أن ما في الكتاب خطأ وقال في آخره ولا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع أن تصحيحه على طريق التمام فإن عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت مبينة في علم البلاغة وله أمثلة كثيرة في التنزيل قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ومنه قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال جاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه إلى أنه يقال الأضراس وما عداها من الأسنان سواء فإنه إذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما مر سوانه ولا يلزم المحذور ثم إن قوله أو يقال والأنياب والأضراس كلها سواء مثل ما ذكر في الإيراد على ما في الكتاب ولا معنى لأن يكون ذلك صوابا دون ما في الكتاب نعم الأظهر في إفادة المراد منهما أن يقال والأسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال في الأضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط قال رحمه الله ﴿وكل عضو ذهب منفعته ففيه دية كيد شلت وعين ذهب ضوؤها﴾ أي إذا ضرب عضوا فذهب منفعته بضربه ففيه دية كاملة كما إذا ضرب يده فشلت به أو عينه فذهب ضوؤها لأن وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة فإذا زالت منفعته كلها وجب عليه أرش موجبه كاملا ولا عبرة للصورة بدون المنفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الأرش إلا إذا تجردت عند الإتلاف بأن أتلف عضوا ذهب منفعته فحينئذ يجب فيه حكومة عدل إن لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء أو أرشه كاملا إن كان فيه جمال كالأذن الشاخصة ولا يلزم من اعتبار الصورة والجمال عند انفراده عن المنفعة اعتبارهما معا بل يكون تبعا لها فيكون المنظور إليه هي المنفعة فقط عند الاجتماع وكم من شيء يكون تبعا لغيره عند الاتصال ولا يكون له أرش ثم إذا انفرد عند الإتلاف يكون له أرش ألا ترى أن الأعضاء كلها تبع للنفس ولا يكون لها أرش إذا تلفت معها وإذا انفردت بالإتلاف كان لها أرش ومن ضرب صلب رجل فانقطع ماؤه تجب الدية لأن فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال لأن جمال الآدمي في كونه منتصب القامة وقيل هو المراد بقوله تعالى لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم ولو زالت الحدوبة فلا شيء عليه لزوالها لا عن أثر ولو بقي أثر الضربة ففيه حكومة عدل لبقاء الشين ببقاء أثرها والله أعلم

﴿فصل في الشجاج﴾ الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم مأخوذة من حرص القصار الثوب إذا شقه في الدق والدامعة بالعين المهملة مأخوذة من الدمع سميت بها لأن الدم يخرج منها بقدر الدمع من القلة وقيل لأن عينيه تدمع بسبب ألم يحصل له منها وفي المحيط الدامعة هي التي يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذة من دمع العين والدامية وهي التي يسيل منها الدم وذكر المرغيناني أن الدامية هي التي تدمي من غير أن يسيل منها دم هو الصحيح يروى عن أبي عبيد والدامعة وهي التي يسيل منها الدم كدمع العين ومن قال إن صاحبها تدمع عيناه من الألم فقد أبعد والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه مأخوذة من البضع وهو الشق والقطع ومنه مبضع الفصاد أقول في تفسير الباضعة بما ذكره الشارح فتور وإن تابعه صاحب الكافي وكثير من المتأخرين فيه لأن قطع الجلد متحقق في الصورة الأولى منها لا سيما في الدامعة والدامية إذ الظاهر أن شيئا من إظهار الدم وإسالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل الأنواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة هو ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه اهـ ويعضد ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم اهـ وقال في الصحاح الباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمي إلا أنها لا تسيل الدم وقال في القاموس والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمي إلا أنها لا تسيل الدم اهـ لا يقال فعلى هذا يلزم تشبيه الباضعة بالمتلاحمة فإنهم قالوا والمتلاحمة هي التي تأخذ في اللحم وهذا في المآل غير ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لأنا نقول من فسر الباضعة بما قلنا من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا وعن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه قال الشيخ

الاسلام ولا تترع شيأ من اللحم ثم الملاحمة وهي التي تقطع اللحم وتترع شيأ من اللحم التي هي فلط الحيط وقال في البدائع والباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه والملاحمة هي التي تذهب في اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه وقال في المغرب والمتلاحمة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها أي تتلاءم اهـ وقال في الصحاح والمتلاحمة الشجة التي أخذت في اللحم دون العظم ثم تتلاحم ولم تبلغ السمحاق اهـ وقال في القاموس وشجة متلاحمة أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم كله ثم تتلاحم بعد ذلك أي تلتئم وتتلاصق سميت بذلك تفاؤلا على ما يؤول اليه وروي عن محمد ان المتلاحمة قبل الباضعة لان الملاحمة من قولهم التحم الشيآن اذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاحمة هي التي تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه وفي ظاهر الرواية والمتلاحمة تعمل في قطع أكثر اللحم وهي بعد الباضعة وقال الازهري الاوجه ان يقال المتلاحمة أي القاطعة للحم والاختلاف الذي وقع في الشجاج راجع الى مأخذ الاشتقاق لا الى الحكم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه والهاشمة وهي التي تهشم العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله والآمة وهي التي تصل الى أم الدماغ وأم الدماغ هي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ وبعد الآمة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهي التي تصل الى الدماغ لم يذكرها محمد لان النفس لا تبقى بعدها عادة فتكون قتلا ولا تكون من الشجاج والكلام في الشجاج ولذا لم يذكر الحارصة والدامعة لانها لا يبقى لها في الغالب أثر وهذه الشجاج تختص بالرأس والوجه وما كان في غيرهما يسمى جراحة فهذا هو الحقيقة والحكم يترتب على الحقيقة فلا يجب بالجراحة ما يجب بالشجة من المقدار لان التقدير بالنقل وهو انما ورد في الشجاج وهي تختص بالرأس والوجه فخص الحكم المقدم بها ولا يجوز الحاق الجراحة بها دلالة ولا قياسا لانها ليست في معناها في الشين لان الوجه والرأس يظهران في الغالب وغيرهما مستور غالبا لا يظهر واختلفوا في اللحيين وعندهما في الوجه فيتحقق الشجاج فيهما فيجب فيهما موجبها خلافا لما يقول مالك رحمه الله فانه يقول انهما ليسا من الوجه لان المواجهة لا تقع بهما ونحن نقول هما متصلان بالوجه من غير فاصل ويتحقق معنى المواجهة فصارا كالذقن لانهما تحتها وقال شيخ الاسلام ويجب ان يفترض غسلهما في الوضوء لانهما من الوجه حقيقة الا انا تركناها للاجماع ولا اجماع هنا فقيها العبرة للحقيقة وفي المبسوط الشجاج في الرأس والوجه أحد عشر أولها الخارصة وهي تشق الجلد مأخوذة من قولهم خرص القصار الثوب اذا شقه في الدق ثم الدامعة وهي التي يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذة من دمع العين ولم يذكرها محمد لانه لم يبق لها أثر في الغالب ثم الدامية وهي التي يخرج منها الدم ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم ثم المتلاحمة وعن محمد انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة خلافا لأبي يوسف وتفسيرها عند أبي يوسف التي تقشر الجلد وتجمع اللحم في موضع الجراحة ولا تقطعه مأخوذة من السحام يقال التحم الجيشان اذا اجتمعا ثم السمحاق وهي التي تصل الى جلدة رقيقة فوق العظم تسمى السمحاق ثم الموضحة وهي التي توضح العظم واللحم ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقلة التي يخرج منها العظم لانها تكسر العظم وتنقله عن موضعه ثم الآمة التي تصل الى أم الرأس وهي الجلدة التي فوق الدماغ ثم الدامغة التي تخرق الجلد وتصل الى الدماغ ولم يذكرها محمد لان الانسان لا يعيش معها وأما أحكامها فان كانت هذه الشجاج عمدا ففي الموضحة القصاص لان السكين ينتهي الى العظم ولا يخاف منه الهلاك غالبا فيجب القصاص لقوله تعالى والجروح قصاص وذكر الكرخي عنه انه ليس في شيء من الشجاج الا في القصاص والموضحة وليس لهذه الشجاج أرش مقدر وموجب هذه الشجاج لا يتحمله العاقلة فان كانت هذه الشجاج خطأ فيما قبل الموضحة حكومة عدل لانه ليس له أرش مقدر وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر من الابل وفي المنقلة خمسة عشرة وفي الآمة ثلث الدية هكذا روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كتب الى حزم حين بعثه الى اليمن وذكر فيه أن في النفس مائة من الابل وفي الانف الدية وفي الشفتين الدية وفي اللسان الدية وفي العينين الدية وفي الصلب الدية وفي الذكر الدية وفي الانثيين الدية وفي الرجل نصف الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية وفي المنقلة خمس عشرة من الابل وفي الموضحة خمس من الابل هكذا رواه علي بن أبي طالب رضي الله عنه وفي النوادر رجل اصلع ذهب شعره شجه انسان موضحة عمدا قال محمد لا يقتص وعليه الارش لانه أقل من موضحة لان المساواة معتبرة في تناول الاطراف ولا مساواة لان الموضحة في أحدهما مؤثرة في الجلد واللحم فتعذر مراعاة المساواة وصار كصحيح اليد

اذا قطع يد الاشل لا تقطع فكذا هذا وان قال الشارح رضي أن يقتص ممن ليس له ذلك لان الجناية اذا لم توجب القصاص لا يوجب الاستيفاء بالرضا وان كان الشاج أيضا أصلع عليه القصاص لان اعتبار المساواة ممكن فصار كالاشل اذا قطع يد الاشل وان لم يبق للجراحة أثر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا شئ عليه وعند محمد يلزمه قدر ما أنفق عليه الى أن يبرأ لانه بجنايته اضطر الى الانفاق على الجراحة خوفا من السراية فكان الزوال مضافا الى جنايته ولهما أنه كان مختارا في الانفاق ولم يكن مضطرا فيه لان لحوق السراية لا يثبت الاضطرار لان السراية موهومة ولا يثبت الاضطرار بالوهم والارتياب فلم يصر مغبونا لشئ من المال ولا من المنفعة والجمال فلا يضمن كالو لطمه فتألم قال رحمه الله ﴿وفي الموضحة نصف عشر الديه وفي الهاشمة عشرها وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الآمة والجائفة ثلثها فان نفذت الجائفة فثلثاها﴾ لما روينا وقدمناه ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب في كل واحدة منهما الثلث وهو يكون في الرأس والبطن قوله جائفة قال في الايضاح الجائفة ما يصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنب وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي وصل اليه الشراب وما فوق ذلك فليس بجائفة قال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك وعلى هذا ذكر الجائفة ههنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وكذا في العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك الا أن عبرة تداركه قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن يعني أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك ولا يكون ذكرها في فصل الشجاج فيما وقع اتفاقا بخلاف سائر الشجاج فانه حيث لا يكون الا في الرأس والوجه وقيل لا تتحقق الجائفة فيما فوق الحلق قال رحمه الله ﴿وفي الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل﴾ لان هذه ليس فيها أرش مقدر من جهة الشرع ولا يمكن اهدارها فيجب فيها حكومة عدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز واختلفوا في تفسير هذه الحكومة قال الطحاوي تفسيرها أن يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ثم يقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلث عشر القيمة مثلا يجب ثلث عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه وكان الكرخي رحمه الله يقول ما ذكره الطحاوي ليس بصحيح لانه اعتبر ذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة أكثر من نصف الدية فيؤدي الى أن يوجب في هذه الشجاج وهو دون الموضحة أكثر مما أوجبه الشرع في الموضحة وانه محال بل الصحيح الاعتبار بالمقدار وقال الصدر الشهيد ينظر المفتي في هذا ان أمكنه الفتوى بالثاني بان كانت الجناية في الرأس والوجه يفتي بالثاني وان لم يتيسر عليه ذلك يفتي بالقول الاول لانه الايسر قال وكان المرغيناني يفتي به وقال في المحيط والاصح انه ينظر كم مقدار هذه الشجة من أقل شجة لها أرش مقدر فان كان مقداره مثل نصف شجة لها أرش أو ثلثها وجب نصف أو ثلث أرش تلك الشجة وان لم تعلم نعد ذكره لعدد ذكر القولين فكأنه جعله قولا ثالثا والاشبه أن يكون هذا تفسير القول الكرخي وقال شيخ الاسلام وقول الكرخي أصح لان عليا اعتبر بهذا الطريق فيمن قطع طرف لسانه على ما يأتي قال رحمه الله ﴿ولا قصاص في غير الموضحة﴾ لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة ليس له حد ينتهي اليه السكين وما فوقها كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص في العظم وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة ذكره محمد رحمه الله في الاصل وهو الاصح لانه يمكن فيه اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف فيسبر قدرها اعتبارا ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك وفي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص في الموضحة لان المساواة فيها ممكنة بانتهاء السكين الى العظم فيتحقق استيفاء القصاص قال رحمه الله ﴿وفي أصابع اليد نصف الدية﴾ أي أصابع اليد الواحدة لان في كل أصبع عشرة من الابل لما روينا فيكون في الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف ولان بقطع الاصابع تفوت منفعة البطش وهو الموجب على ما مر أقول لقائل أن يقول من ذكر قياس أن في كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية كان ذكر هذه المسئلة ههنا مستدركا اذ لا شك ان خمسة أعشار الدية نصف الدية وعلى قطعا تمام ان في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية ولو لم يكن الاستلزام والاقتضاء

فى حصول العلم بمثله بل كان لابد فيه من التصريح به فلزم أن يذكر أيضا أن فى الاصبعين عشرى الدية وفى ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفى أربعة أصابع أربعة أعشار الدية الى غير ذلك من المسائل المتروك ذكرها صراحة فى الكتاب ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسئلة هنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسئلة اللاحقة اياها وهى قوله فان قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية فالمقصود فى البيان هنا ان قطع الاصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان فى الحكم وعن هذا قال فى الوقاية فى هذا المقام وفى أصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية قال رحمه الله ﴿ولو مع الكف﴾ هذا متصل بما قبله أى فى أصابع اليد نصف الدية وان قطعها مع الكف ولا يزيد الارش بسبب الكف لان الكف تبع للاصابع فى حق البطش فان قوة البطش بها وقال عليه الصلاة والسلام فى اليدين الدية وفى أحدهما نصف الدية واليد اسم لجارحة يقع بها البطش لان اسم اليد يدل على القدرة والقوة والبطش يقع بالاصابع والكف فيجب دية واحدة لان منفعتها جنس واحد فيكون الكف تبعا للاصابع قال رحمه الله ﴿ومع نصف الساعد نصف الدية وحكومة﴾ يعنى نصف الدية فى الكف والاصابع والحكومة فى نصف الساعد وهو قول أبى حنيفة ومحمد وهو رواية عن أبى يوسف وعنه ما زاد على الاصابع من اليدين والرجلين من أصل الساعد والفخذ هو تبع فلا يزيد على الدية لان الشارع أوجب فى الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب والرجل الى الفخذ فلا يزاد على تقدير الشارع ولان الساعد ليس له أرش مقدر فيه كالكف ووجه الظاهر ان اليد اسم لآلة باطشة ووجوب الارش باعتبار منفعة البطش وكذا فى الارش ولا يقع البطش بالساعد أصلا ولا تبعا ولا يدخل فى أرشه وقال بعض الشراح ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والاصابع مدخل فى البطش ومدلول قوله فيما قبل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها أن يكون الباطش هو الاصابع لا غير فبين كلاميه فى الموضعين نوع تدافع وكان صاحب الكافى تفطن له حيث غير تحريرهما فقال لهما ان أرش اليد انما يجب باعتبار انه آلة باطشة والاصل فى البطش الاصابع والكف تبع لها أما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها فى حق التضمين اهـ ثم أقول يمكن التوفيق بين كلاميه أيضا بنوع عناية وهو ان يقصر المضاف فى قوله فيما قبل لان البطش بها ولا ينافى أن يكون بالكف أيضا بطش فى الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع ولانه لو جعل تبعا لا يخلو اما أن يجعل تبعا للاصابع أو الكف ولا وجه الى الاول لوقوع الفصل بينهما بالكف ولا الى الثانى لان الكف تبع للاصابع ولا تبع للتبع ولا نسلم أن اليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب بل هى اسم الى الزند اذا ذكرت فى موضع القطع بدليل آية السرقة قال رحمه الله ﴿وفى قطع الكف وفيها أصبع أو أصبعان عشرها أو خمسها ولا شئ فى الكف﴾ أى اذا كان فى الكف أصبع أو أصبعان فقطعهما يجب عشر الدية فى الاصبع الواحدة وخمسها فى أصبعين ولا يجب فى الكف شئ وهذا عند أبى حنيفة وقالا ينظر الى ارش الكف والى أرش ما فيها من الاصابع فيجب أكثرها ويدخل القليل فى الكثير لان الجمع بين الارشين متعذر اجماعا لان الكل شئ واحد لان ضمان الاصابع هو ضمان الكف وضمان الكف فيه ضمان الأصبع وكذا اهدار أحدهما متعذر أيضا لان كل واحد منهما أصل من وجه أما الكف فلان الاصابع قائمة به وأما الاصابع فلانها هى الأصل فى منفعة البطش فاذا كان واحد منهما أصلا من وجه ورجحنا بالكثرة كما قلنا فيمن شج رأس انسان وتناثر بعض شعر رأسه يدخل القليل فى الكثير ولأبى حنيفة رحمه الله ان الاصابع أصل حقيقة لان منفعة اليد وهى البطش والقبض والبسط قائمة بها وكذا حكما لانه عليه الصلاة والسلام جعل اليد بمقابلة الاصابع حيث أوجب فى اليد نصف الدية ثم جعل فى كل أصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان تكون كلها بمقابلة الاصابع دون الكف والاصل أولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصل فلا يعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما أولى من الترجيح بالكثرة ألا ترى ان الصغار اذا اختلطت مع الكبار تجب فيها الزكاة تبعا وان كان الصغار أكثر ترجيحا للاصل بخلاف ما استشهد به من الشجة لان أحدهما ليس بتبع للآخر وروى الحسن عنه ان الباقى اذا كان دون الاصبع يعتبر أكثرهما ارشا لان ارش ما دون الاصبع غير منصوص عليه وانما يثبت باعتباره بالمنصوص عليه نوع اجتهاد وكونه أصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص بارش مفصل ولا منفصل اعتبر ما فيه الكثرة والأول أصح لان ارش ذلك ثبت

بالاجماع وهو كالنص ولو لم يبق في الكف أصبع غير منصوص عليه تجب عليه حكومة عدل لا يبلغ بها ارش الاصابع ٧ ولا يجب فيه الارش بالاجماع لان الاصابع أصل على ما بينا ولا كثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت كلها قائمة قوله وفي قطع الكف الخ لا يخفى أنه مكرر مع قوله وفي كل أصبع عشر الدية وقوله ولا شئ في الكف الخ لا يخفى أنه مكرر مع قوله ولو مع الكف لانه اذا علم ان الكف لا شئ فيه مع كل الاصابع علم بالاولى مع بعضها قال رحمه الله ﴿وفي الاصبع الزائدة وعين الصبي وذكره ولسانه ان لم يعرف صحته بنظر وحركة وكلام حكومة﴾ عدل أما الاصبع الزائدة فلانها جزء الآدمي فيجب الارش فيها تشريفا له وان لم يكن فيها نفع ولا زينة كما في السن الزائدة ولا يجب فيها القصاص وان كان المقطوع أصبعا زائدة ولان المساواة شرط لوجوب القصاص في الطرف ولم يعلم تساويهما الا بالظن فصار كالعبد يقطع طرف العبد فان تعذر القصاص للشبهة وجب ارشها وليس لها ارش مقدر في الشرع فيجب فيها حكومة عدل بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شئ لان اللحية لا يبقى فيها أثر الحلق ولا يلحقه الشين بل بقاء الشعرات يلحقه ذلك فيكون نظير من قلم ظفر غيره بمراده وفي قطع الاصبع الزائدة يبقى أثر ويشينه ذلك فيجب الارش وأما عين الصبي وذكره ولسانه فلان المقصود من هذه الاشياء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب ارشها كاملا بالشك بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود منها الجمال وقد فوته وتعرف الصحة في اللسان بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على الرؤية وهو المراد بقوله ان لم تعرف صحته بنظر وحركة وكلام ويكون بعد معرفة صحة ذلك حكمه حكم البالغ في الخطا والعمد اذا ثبت ذلك بالبينة أو باقرار الجاني فان أنكر ولم يقم به بينة فالقول قول الجاني وكذا اذا قال لا أعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا الا بالبينة وقال الشافعي تجب الدية كاملة كيفما كان لان الغالب فيه الصحة فاشبه الاذن والمارن قلنا الظاهر لا يصلح للاستحقاق وانما يصلح للدفع وحاجتنا الاستحقاق وقد ذكرنا الفرق بين هذه الاشياء وبين الاذن والانف قال رحمه الله ﴿ومن شج رجلا موضحة فذهب عقله أو شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية﴾ فصار كما اذا أوضحه فمات لان تفويت العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء قيد بالموضحة لانه لو قطع يده فذهب عقله لا يدخل كما سيأتي أقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول ارش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من انه روى ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب فيها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات من الشجة لم يكن فيه الا دية واحدة فيتأمل وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو لم ينبت تجب الدية بفوات كل الشعر قال صاحب النهاية أي لو نبت الشعر والتامت الشجة فصار كما كان لا يجب شئ فثبت بهذا أن وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر اه وقال صاحب العناية قوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية قوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما اه أقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما ليس بشئ اذ لا ريب ان كون وجوب ارش الموضحة بفوات جزء من الشعر لا بمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد أمر خفي غير معلوم بدون البيان والاعلام اذا كان الظاهر المتبادر مما ذكر في فصل الشجاج انه لا يشترط في وجوب ارش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا ينبت من بعد أصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم أي تبينه ثم بينوا حكمها بانه القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطا ولا شك ان اسم الموضحة وحدها المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضا فكان اشتراط أن لا ينبت الشعر بعد البرء أصلا في وجوب ارشها أمرا خفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قالوا ارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وقال في الكافي وارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شئ وقال في المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شئ الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الجملة فصار كما اذا قطع أصبع رجل فشلت يده كلها فحاصله ان الجناية متى وقعت على عضو وأتلفت شيئين وارش أحدهما أكثر دخل الأقل فيه ولا فرق في هذا بين ان تكون الجناية عمدا أو خطأ فان وقعت على عضوين لا يدخل ويجب لكل واحد منهما ارشه سواء كان عمدا أو خطأ عند أبي حنيفة لسقوط القصاص بعذر عنده وعندهما يجب للاول القصاص ان كان عمدا وأمكن الاستيفاء والا فكما قال أبو حنيفة وقال زفر لا يدخل ارش الاعضاء بعضها في بعض لان كلا منهما جناية فيما

٧ يتأمل في هذه العبارة ولعل الصواب ولو لم يبق اه مصححه

دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما بيناه وفي المبسوط أصله أن الجنايات متى وقعت على عضو واحد وأتلفت شيئين وأرش أحدهما أكثر فإنه يدخل فيه الأقل في الأكثر أصله في الموضحة متى كانت في الرأس لا بد أن يتناثر الشعر مقدار الموضحة وتناثر الشعر مقدار الموضحة يوجب الأرش والنبي صلى الله عليه وسلم أوجب في الموضحة خمسا من الإبل ولم يوجب في تناثر الشعر شيئا فعلم أن أرش ما تناثر من الشعر وهو أقل من أرش الموضحة دخل في أرش الموضحة وكذلك إن كانت الجناية على عضو واحد وأتلفت شيئين أحدهما يوجب القصاص والآخر يوجب المال فإنه يجب المال وأصله الخاطئ مع العامد متى اشتركا في قتل واحد يجب المال وإن وقعت الجناية على عضوين أحدهما يوجب القود والآخر يوجب المال إن كان خطأ لا يدخل أرش الأول في الأكثر لأنه لم يكن في معنى ما ورد به النص على قضية القياس وإن كان عمدا يجب المال عند أبي حنيفة وعندهما القصاص لما يأتي ولو شجه موضحة فذهب شعر رأسه فلم ينبت غرم الدية ويدخل فيها أرش الموضحة لأن الجناية وقعت على عضو واحد لأن الجناية وقعت على الرأس والشعر بالرأس ولو ذهب بعض الشعر دخل الأقل في الأكثر وكذلك لو كانت الموضحة في الحاجب وذهب شعر الحاجب ولو ذهب سمعه وبصره فلا يخلو إن كانت الشجة خطأ أو عمدا فإن كانت خطأ لا يدخل أرش الموضحة في دية السمع والبصر بل يجب كلاهما وروي عن أبي يوسف في النوادر أنه قال يدخل أرش الشجة في دية السمع ولا يدخل في دية البصر لأن محل السمع الأذنان والأذنان من الرأس حكما لقوله عليه الصلاة والسلام الأذنان من الرأس فصارت الجناية واقعة على عضو واحد وأتلفت شيئين فيدخل الأقل في الأكثر وجه ظاهر الرواية أن الجناية وقعت على عضوين لأن الأذنين ليستا من الرأس حقيقة وحكما ولكنهما جعلا من الرأس في حق حكم لا في كل الأحكام حتى لو اقتصر على المسح على الأذنين لم يجز عن مسح الرأس فبقي أن الأذنين مع الرأس عضوان مختلفان متباينان في حق الجناية فلا يدخل أرش أحدهما في الآخر وإن ذهب عقله بالشجة يدخل أرش الموضحة في دية العقل خلافا لزفر والشافعي والحسن لأن الجناية وقعت على عضوين مختلفين فإن محل الشجة الرأس ومحل العقل الصدر فكان كالسمع والبصر والصحيح قولنا لأن الجناية وقعت على عضو واحد معنى لأن العقل وإن كان نورا وجوهرا مضيئا في الصدر يبصر به الإنسان عواقب الأمور وحسن الأشياء وقبحها إلا أن الدماغ كالفتيلة لهذا النور يقوى ويضعف بقوة الدماغ وضعفه ويزول ويذهب بفساد الدماغ فإن كان العقل بهذا الاعتبار يتعلق بالدماغ بقاء وذهابا فكانت الجناية واقعة على عضو واحد وقد أتلفت شيئين فيدخل الأقل في الأكثر وأما البصر فإنه ينظر إليه أهل العلم فإن قالوا بذهابه وجبت الدية وإن قالوا لا ندري تعتبر الدعوى والإنكار والقول قول الضارب لأنه منكر وأما الشم فيختبر بالرائحة المنكرة بهذه المفتة فإن ظهر فيه تغير علم أنه كاذب هذا كله إذا كان خطأ فإن كانت الشجة موضحة عمدا فذهب سمعه وبصره أو قطع أصبعا فشلت الأخرى بجنبها أو قطع اليمنى فشلت اليسرى تجب دية السمع والبصر ويجب أرش الأصبعين واليدين في ماله ولا يقتص عند أبي حنيفة وعندهما يقتص في الشجة والقطع ويغرم دية أخرى في ماله ولو شجه موضحة فصارت منقلة أو كسر بعض سنه فاسود ما بقي أو قطع مفصلا فشل ما بقي ضمن الأرش عندهما ولا يقتص لهما أنهما إتلافا محلين متباينين فإن الفعل لا يعرف إلا بالأثر فيتعدد بتعدد الأثر ألا ترى أن من رمى إلى إنسان فأصابه ونفذ منه فأصاب آخر فإنه يجب القصاص للأول والدية للثاني وكذا إذا قطع أصبعا فاضطرب السكين فأصاب أصبعا أخرى خطأ يقتص في الأولى ويجب الأرش في الثانية وإذا صارت الجناية بمنزلة الجنايتين ثم تعذرت الشبهة في أحدهما إلى الأخرى له أن السراية لا تنفصل إلى الجناية لأن أثر الجناية لا ينفصل عنها فيكون الفعل متحدا له أثران في محلين في شخص واحد ويتصور سراية الجناية إلى جميع البدن فيتصور سرايتها فإذا لم يكن آخر الفعل موجبا للقصاص لا يكون أوله موجبا لاختلاف المستفيد بهما لأن أحدهما ليس من سراية الأخرى لأنه لا يتصور سراية الفعل من شخص إلى شخص فاختلف الفعل باختلاف المحلين في شخصين ولو قطع أصبعا فسقطت أخرى إلى جنبها لم يجب القصاص فيهما عند أبي حنيفة لما بينا وعند أبي يوسف يجب في الأولى دون الثانية وعند محمد وجب القصاص فيهما رواه ابن سماعة لأن سراية الفعل تنسب إلى الفاعل ويجب الفعل مباشرا للسراية فصار كما لو باشر إسقاطهما وكما لو سرى إلى النفس قال رحمه الله ﴿وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لا﴾ أي لو شجه موضحة فذهب أحد هذه الأشياء بها لا يدخل أرش الموضحة في أرش أحد هذه الأشياء وهذا عند أبي حنيفة ومحمد سواء كانت عمدا أو خطأ وقال أبو يوسف رحمه الله يدخل أرش الموضحة في دية

السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر لانه ظاهر ولا يلحق بالعقل ولا يدخل فيه أرش الموضحة وأما السمع والكلام فباطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما أرش الموضحة كما يدخل في أرش العقل وقد قدمناه بفروعه ولهما ان كل واحد من هذه المنافع أصل بنفسها فيتعدد حكم الجناية بتعددها ولا يدخل بعضها في بعض لان العبرة لتعدد أثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف العقل لان منفعته تعود الى كل الاعضاء اذ لا ينتفع بالاعضاء بدونه فصار كالنفس قال في معراج الدراية قال الهندواني كما نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه وهو انه لو قطع يده فذهب عقله ان عليه دية العقل وأرش اليد بلا خلاف من أحد ولو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كما لو مات والصحيح من الفرق ان الجناية وقعت على عضو واحد في العقل ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل اهـ أقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسئلة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة عضوا مغايرا لعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار ولم يعتبر العقل في مسئلة الشجة أيضا عضوا مغايرا لمحل الشجة حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما لو وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش في الدية كما في السمع والبصر وبالجملة ما عده الهندواني صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض منه أيضا فتأمل أو نقول ذهاب العقل في معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت ولا كذلك سائر الاعضاء أو نقول ان العقل ليس له موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقال الحسن أرش الموضحة بخلاف الموضحة مع الشعر والحجة على ما بيناه قال بعض الشراح والوجه الثاني ان السمع والكلام مبطن قال صاحب العناية قيل يريد به الكلام النفسي بحيث لا ترتسم فيه المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب السمع والعقل عسيرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر اهـ أقول يمكن أن يقال المراد به هو الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطنين كون محلهما مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى قال رحمه الله ﴿ولو شجه موضحة فذهبت عيناه أو قطع أصبعا فشلت أخرى أو قطع المفصل الاعلى فشل ما بقي أو كف اليد أو كسر نصف سنه فاسود ما بقي فلا قود﴾ وهذا كله قول أبي حنيفة مطلقا وقالا يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين فيما اذا شجه موضحة فذهبت عيناه وكذا اذا قطع أصبعا فشلت أخرى يجب القصاص للاولى ويجب الارش للاخرى وعنده لما لم يجب القصاص في العضوين يجب أرش كل واحد منهما كاملا وان كان عضوا واحدا كقطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقي منها يكتفي بأرش واحد ان لم ينتفع بما بقي وان كان ينتفع به يجب دية المقطوع وتجب حكومة عدل في الباقي بالاجماع وكذا اذا كسر نصف السن واسود ما بقي أو اصفر أو احمر يجب السن كله بالاجماع ولو قال اقطع المفصل الاعلى واترك ما بقي أو قال اكسر القدر المكسور من السن واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه لم يقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال أشجه موضحة واترك الباقي ليس له ذلك والاصل عنده ان الفعل الواحد اذا أوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين أو عضوا واحدا الا يجب لهما وفي الخلاصة ان الفعل في محلين مختلفين فيكون جنايتين لان الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كجنايتين مبتدأتين فالشبهة في أحدهما لا تتعدى الى الآخر ولابي حنيفة ان الجزاء بالمثل والجرح الاول سار وليس في وسعه السارى فيسقط القصاص ويجب المال والدليل على انه سار ان فعله أثر في نفس واحدة والسراية عبارة عن ايلام يتعاقب عن الجناية على البدن ويتحقق ذلك في موضعين منهما كما يتحقق في الاطراف مع النفس بان مات من الجناية بخلاف نفسين فان الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الاولى أو نقول ان ذهاب البصر ونحوه حصل بطريق التسبب فان الفعل باق على اسمه لم يتغير والاصل في سراية الافعال أن لا يبقى الاول بعد حدوث السراية كالقطع اذا سرى الى النفس صار قتلا فلم يبق قطعا وههنا الشجة أو القطع لم ينعدم بذهاب البصر ونحوه فكان الفعل الاول تسببا الى فوات البصر ونحوه بمنزلة حفر البئر والتسبب لا يوجب القصاص وعن محمد رحمه الله في المسئلة الاولى وهي ما اذا شجه موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما رواية ابن سماعة عنه ووجهه ان سراية الفعل انتسب الى فاعله شرعا حتى يجعل الفاعل مباشرا للسراية فيؤخذ به كما لو سرى الى النفس فانه يجب ويعتبر قتلا بطريق المباشرة بخلاف ما لو قطع أصبعا فشلت بجنبها أخرى أو شجه موضحة فذهب عقله أو كلامه لا يجب القصاص في السمع والكلام والشلل لعدم الامكان وفي البصر يجب لامكان الاستيفاء ألا ترى انه لو أذهبه وحده بفعل مقصود منه يجب القصاص في البصر دون الشلل والسمع والكلام فافترقا ولو كسر بعض السن فسقطت فيها

القصاص على رواية ابن سماعة وعلى الرواية المشهورة لا قصاص فيهما ولو شجه فأوضحه ثم شجه أخرى فأوضحه فتآكلتا حتى صارتا شيئا واحدا فلا قصاص فيهما كما في المشهور وعلى رواية ابن سماعة عن محمد يجب القصاص والوجه فيهما ما بيناه قال رحمه الله ﴿وإن قلع سنه فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش﴾ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الأرش كاملا لأن الجناية وقعت موجبة والحادث نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو أتلف مال إنسان فحصل للمالك عليه مال آخر ولهذا يستأنى حولا بالإجماع أي يؤجل سنة بالإجماع وذكر في التتمة أن سن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الأرش لأنه لا يدري عاقبته اهـ قال صاحب العناية بعد نقل ذلك إجمالا وذلك ليس بظاهر الرواية والظاهر ما قالوه لأن الحول يشتمل على الفصول الأربعة ولها أثر فيما يتعلق ببدن الإنسان فكل فصل منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في إنباته قال ر لكن قوله بالإجماع فيه نظر لأنه قال في الذخيرة وبعض مشايخنا قال الاستيناء حولا في قلع القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي الإجماع قال رحمه الله ﴿وإن أقيد فنبتت سن الأول تجب الدية﴾ معناه إذا قلع سن رجل فأقيد أي اقتص من القالع ثم نبتت سن الأول المقتص له يجب على المقتص له أرش سن المقتص منه لأنه تبين أنه استوفى بغير حق لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا وينبغي أن ينتظر الناس في ذلك القصاص حولا من مثله إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لأنه ينبت فيه ظاهرا على تقدير عدم الفساد فإذا مضى الحول ولم تنبت فيه قضينا بالقصاص ثم إذا تبين أنا أخطأنا فيه كان الاستيفاء بغير حق إلا أن القصاص سقط للشبهة فيجب المال ولو ضرب سن إنسان فتحركت يستأنى حولا ليظهر فعله فإن سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب ليبقى الأجل بخلاف ما لو شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد الحول كان القول للضارب لأنه منكر وقد مضى الأجل الذي ضرب للتأني ولو لم يسقط ولا شيء للضارب وإن اختلفا في حصول الاسوداد بضربه فالقول قول الضارب قياسا لأنه هو المنكر ولا يلزم من الضرب الاسوداد فصار إنكاره له كإنكاره أصل الفعل وفي الاستحسان القول قول المضروب لأن ما يظهر عقيب فعل من الأثر يحال على الفعل لأنه هو الظاهر إلا أن يقيم الضارب البينة أنه بغيره قال رحمه الله ﴿وإن شج رجلا فالتحم ولم يبق له أثر أو ضرب فجرح فبرأ وذهب أثره فلا أرش﴾ وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله عليه أرش الألم وهو حكومة عدل لأن الشين الموجب إن زال فالألم الحاصل لم يزل وقال محمد رحمه الله عليه أجرة الطبيب لأن ذلك أثر فعله فكأنه أخذ ذلك من ماله وأعطاه الطبيب وفي شرح الطحاوي فسر قول أبي يوسف عليه أرش الألم بأجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لا اختلاف بين أبي يوسف ومحمد ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموجب هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال أثره والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد كالإجارة والمضاربة الصحيحين أو ما يشبه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يلزم الغرامة وكذلك مجرد الألم لا يوجب شيئا لأنه لا قيمة له بمجرد الألم ألا ترى أن من ضرب إنسانا ضربا مؤلما من غير جرح لا يجب عليه شيء من الأرش وكذا لو شتمه شتما يؤلم نفسه لا يضمن شيئا قال رحمه الله ﴿ولا قود بجرح حتى يبرأ﴾ وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال لأن الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه أحمد والدارقطني ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال أن تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل ولا يعلم أنه جرح إلا بالبرء فيستقر به قال رحمه الله ﴿وكل عمد سقط فيه قوده لشبهة كقتل الأب ابنه عمدا ففيه الدية في مال القاتل وكذا ما وجب صلحا أو اعترافا أو لم يكن نصف العشر﴾ أي نصف عشر الدية لما روي عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولأن العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفا عنه وذلك يليق بالمخطئ لأنه معذور دون المتعمد لأنه يوجب التغليظ والذي وجب بالصلح إنما وجب بعقده والعاقلة لا تتحمل ما يجب بالعقد وإنما تتحمل ما يجب بالقتل وكذا ما لزمه بالإقرار لا تتحمله العاقلة لأنه لا ولاية له على نفسه دون عاقلته فيلزمه دونهم وإنما لا تتحمل أقل من نصف عشر الدية لأنه لا يؤدي إلى الإجحاف والاستئصال بالجاني والتأجيل تحرزا عنه فلا حاجة إليه ثم الكل يجب مؤجلا إلى ثلاث سنين إلا ما وجب بالصلح فإنه يجب حالا لأنه واجب بالعقد فيكون حالا بخلاف غيره وما دونه أرش الموضحة يجب في سنة لا ما دون ثلث

الدية والثلث وما دونه يجب في سنة وقال الشافعي رحمه الله ما وجب بقتل الأب ابنه يجب حالا لأن القصاص سقط شرعا الى بدل فيكون ذلك البدل حالا كسائر المتلفات ولنا أن المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال أصلا لأنه ليس بقيمة اذ لا تقوم مقامه وقيمة الشيء ما تقوم مقامه وانما عرفنا تقومه بالمال بالشرع والشرع انما قومه بدية مؤجلة الى ثلاث سنين وايجاب المال حالا زيادة على ما أوجبه الشرع وصفا كما لا يجوز ايجاب الزيادة على ما أوجبه الشرع قدرا قال رحمه الله «وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا تكفير فيه ولا حرمان فيه» أي عن الميراث والمعتوه كالصبي وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد فتجب الدية في ماله لأن العمد هو القصد وهو ضد الخطأ فلا يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد ولهذا يؤدب ويعزر وكان ينبغي أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة لأنهم ليسوا من أهل العقوبة فيجب عليهم موجبه الآخر وهو المال لأنهم أهل لوجوبه عليهم فصار نظير السرقة فانهم اذا سرقوا لا يقطع أيديهم ويجب عليهم ضمان المال المسروق لما قلنا ولهذا وجب عليهم التكفير بالمال لأنه أهل لفوات المالية دون الصوم لعدم الخطاب وكذا يحرم الميراث عنده بالقتل ولنا أن مجنونا صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقال عمده وخطؤه سواء ولأن الصبي مظنة المرحمة قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء أولى بهذا التخفيف ويجب على العاقلة اذا كان الواجب قدر نصف العشر أو أكثر بخلاف ما دونه لأنه يسلك به مسلك الأموال كما في البالغ العاقل لأنه لم يتحقق العمد منه لأنه عبارة عن القصد وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل وهؤلاء عدموا العقل فكيف يتحقق منهم القصد وصاروا كالنائم وحرمان الارث عقوبة وهم ليسوا من أهلها والكفارة كاسمها ساترة ولا ذنب لهم تستره لأنهم مرفوع عنهم القلم ولأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة يعني أن فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا يجب عليهم عبادة ولا عقوبة وكذا سبب الكفارة تكون دائرة بين الحظر والاباحة لكون العقوبة متعلقة بالحظر وفعلهم لا يوصف بالجناية لأنها اسم لفعل محظور وكل ذلك ينبئ عن الخطاب وهم ليسوا بمخاطبين فكيف تجب عليهم الكفارة والله أعلم

«فصل في الجنين» لما ذكر أحكام الجناية المتعلقة بالآدمي شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في أصوله أن الجنين ما دام مجتنا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الأم لكنه منفرد بالحياة معد لأن يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو ارث أو نسب أو وصية وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فأتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي جنين على وزن فعيل بمعنى مفعول وهو مجنون أي مستور من جنه اذا ستره من باب طلب والجنين اسم للولد في بطن أمه ما دام فيه والجمع أجنة فاذا ولد يسمى وليدا ثم رضيعا الى غير ذلك قال رحمه الله «ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا تجب غرة نصف عشر الدية» الغرة الخيار غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب والعبد والأمة الفاره وقيل انما سمي ما يجب في الجنين غرة لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لأنه أول شيء يظهر منه والمراد نصف عشر الدية بدية الرجل لو كان الجنين ذكرا وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم ولهذا لم يبين في المختصر أنه ذكر أو أنثى لأن دية المرأة نصف دية الرجل فالعشر من ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل والقياس أن لا يجب شيء في الجنين لأنه لم يتحقق جناية والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الأم ان نقصت والا فلا يجب شيء والقياس أن يجب كمال الدية لأنه نضر به مع حدوث الحياة فيه فيكون بذلك كالمرهق للروح ولهذا المعنى وجبت قيمة ولد المغرور فانه منع من حدوث الرق فيه وكذلك وجب على المحرم قيمة بيض الصيد في كسره وجه الاستحسان ما روي أن امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة كذا وجدته بخط شيخي رحمه الله . المنتقى رجل ضرب بطن امرأته فألقت جنينا حيا ثم مات ثم ألقت جنينا ميتا ثم ماتت الأم بعد ذلك وللرجل الضارب بنت من غير هذه المرأة وليس له ولد من هذه التي ولدت ولها اخوة من أبيها وأمها فعلى عاقلة الأب دية الولد الذي وقع حيا ثم مات ورث من ذلك أمه السدس وما بقي فلأخت هذا الولد من أبيه وعلى والده كفارتان في الولد الواقع حيا وكفارة في أمه والولد الذي سقط ميتا ففيه غرة على عاقلة الأب خمسمائة ويكون للأم من ذلك

السدس أيضا ولحق هذا الولد من أبيه أيضا فلو كان الرجل ضرب بطنها بالسيف عمدا فقطع البطن ووقع أحد الولدين حيا وبه جراحة السيف ثم مات ووقع الآخر ميتا وبه جراحة السيف أيضا ثم ماتت الأم من ذلك فعلى الرجل القود في الأم وعلى عاقلته دية الولد الحي وغرة الجنين الميت قال محمد في الجامع الصغير وأطلق في قوله امرأة قال في السراجية فيشمل الحرة مسلمة كانت أو كافرة وتكون بدل الجنين بين الورثة وفي الكافي هذا إذا استبان خلقه أو بعض خلقه وفي شرح الطحاوي أو كانت أمة علقت من سيدها والكفارة في الجنين تجب في سنة واحدة وفي شرح الطحاوي ولو ألقت جنينين تجب غرتان وإن كان أحدهما خرج حيا ثم مات والآخر خرج ميتا تجب غرة ودية وعلى الضارب الكفارة وإن ماتت الأم ثم خرج الجنينان تجب دية الأم وحدها إلا إذا خرج الجنينان ثم ماتا تجب عليه ثلاث ديات فاعتبر على هذا القياس وإن كان في بطنها جنينان خرج أحدهما قبل موت الأم وخرج الآخر بعد موت الأم وهما ميتان تجب الغرة في الذي خرج قبل موت الأم ولا يرث من دية أمه شيئا وترث الأم من ديته والجنين الآخر وهو الذي خرج بعد موت أمه لا يرث من أحد ولا يورث عنه قال وإن كان الذي خرج بعد موت الأم خرج حيا ثم مات ففيه الدية كاملة وفي شرح الطحاوي ولو خرج الولد حيا ثم مات تجب ديتان قال يرث هذا الجنين من دية أمه وهل يرث هذا الجنين الأول وهو الذي خرج ميتا قبل موت الأم ينظر إن كان الآخر حيا لا يرث وإن لم يكن حيا يرث قال رحمه الله ﴿وإن ألقته حيا فمات فدية﴾ أي تجب دية كاملة لأنه أتلف آدميا خطأ أو شبه عمد فتجب فيه الدية كاملة قال رحمه الله ﴿فإن ألقت ميتا فماتت الأم فدية وغرة﴾ لما روينا ولأنهما جنايتان فيجب فيهما موجبهما وهذا لما عرف أن الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كالرامي وأصاب شخصا ونفذت منه إلى آخر فقتله فإنه تجب عليه ديتان إن كان خطأ وإن كان الأول عمدا يجب القصاص في الأول وفي الثاني الدية قال رحمه الله ﴿وإن ماتت فألقته ميتا فدية فقط﴾ وقال الشافعي تجب الغرة مع الدية لأن الجنين مات بضربته ظاهرا فصار كما إذا ألقته ميتا وهي بالحياة ولنا أن موت الأم سبب لموته ظاهرا لأن حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فيتحقق بموتها فلا يكون في معنى ما ورد به النص إذ الاحتمال فيه أول ولا يجب شيء بالشك وإن ألقته حيا بعدما ماتت تجب ديتان دية الأم ودية الولد لأنه كما إذا ألقته حيا ومات قال رحمه الله ﴿وما يجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب فلو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها﴾ وإنما يورث لأنه نفس من وجه على ما بينا والغرة بدله فيرثها ورثته ولا يرث الضارب من الغرة شيئا لأنه قاتل مباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة قال رحمه الله ﴿وفي جنين الأمة لو ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو أنثى﴾ وقال الشافعي يجب فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالإجماع وهو الغرة ولنا أنه بدل نفسه ولا يقدر بغيره إذ لا نظير له في الشرع والدليل على أنه بدل نفسه أن الأمة أجمعت على أنه لا يشترط فيه نقصان الأصل ولو كان ضمان الطرف لما وجب إلا عند نقصان الأصل ويؤيد ذلك أن ما يجب في جنين الحرة موروث ولو كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد لا يختلفان في ضمان الطرف لأنه لا يورث وإنما يختلفان في ضمان النفس ولو كان ضمان الطرف لما ورث في الحر فإذا ثبت أنه ضمان النفس كان دية مقدرة بنفس الجنين لا بنفس غيره كما في سائر المضمونات ولا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الأم بل بدية نفس الجنين إذ لو كان حيا تجب نصف عشر ديته إن كان ذكرا وعشر ديته إن كان أنثى فكذا في جنين الأمة تجب تلك النسبة من قيمته لأن كل ما كان يقدر بدية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكرا وعشر قيمته إن كان أنثى هذا إذا كان الجنين من غير مولاها ومن غير مغرور وأما إذا كان من أحدهما ففيه الغرة المذكورة في جنين الحرة ذكرا كان أو أنثى كما تقدم وفي نوادر ابن سماعة رجل قال لأمته الحبلى أحد الولدين اللذين في بطنك حر فضرب إنسان بطنها فألقت جنينين ميتين غلام وجارية قال على الجاني غرة وذلك خمسمائة وعليه أيضا في الغلام ربع عشر قيمته لو كان حيا وعليه في الجارية نصف خمسمائة ونصف عشر قيمتها وفي العيون هشام عن أبي يوسف في رجل اشترى أمة حاملا فلم يقبضها حتى أعتق ما في بطنها ثم جنى إنسان بطنها فألقت غلاما ميتا فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الأمة بجميع الثمن واتبع الجاني بأرش الجنين أرش حر فيكون كفضل طيبا وإن شاء فسخ البيع في الأمة ولزمه الولد بحصته من الثمن ولو كان للجنين أب حر كان أرش الجنين لوالده في الوجهين جميعا ولا شيء للمشتري وفي التتمة وسئل يوسف بن محمد الملالي عن رجل زنى بجارية الغير فأحبلها ثم احتال هو وامرأته فأسقطا الحمل من الجارية وماتت الجارية بذلك السبب ما الحكم في ذلك وما يجب عليهما.

فقال

وقال أما الجارية فإنه يجب عليه ضمانها إذا ماتت بذلك السبب وفي الجنين الغرة إن كان ميتا إن سقط وهو حي ثم مات فإنه تجب قيمته
وإن كان الحمل ماء ودما فإنه لا يجب فيه شيء وفي المنتقى قال أبو حنيفة وأبو يوسف إذا ضرب الرجل بطن امرأته فألقت جنينا ميتا
فلا كفارة عليه ولا يرث منه وإن ألقت جنينا ميتا وقد استبان من خلقه شيء ثم ماتت هي من تلك الضربة ثم ألقت جنينا حيا ومات ففي
الأول الغرة وفي الأم الدية وفي الجنين الثاني الدية كاملة وفي التتمة سئل عن مختلعة حامل تصنعت بما إسقاط الولد هل للزوج أن
يخاصمها في هذا الحمل فقال إن أسقطته بفعلها وجب عليها للزوج غرة قيمتها خمسمائة درهم نقرة خالصة ولا يسقط شيء من ذلك
لميراثها لأنها قاتلة ولا ترث وسئل أبو القاسم عن امرأة شربت الدواء فألقت جنينها ميتا أو جاءت حمل بحملا فألقت جنينا ميتا إن على
عاقلتها خمسمائة درهم في سنة واحدة لوارث الحمل أبا كان أو غيره وإن لم يكن لها عاقلة فهي في مالها في سنة وفي الحاوي وذلك لزوجها
لأنه هو الوارث قاله يوسف بن عيسى وفي جامع الفتاوى ولو لم يعلم أنه ذكر أو أنثى يؤخذ بالمتيقن كالخنثى المشكل ضاع الجنين ولا يمكنها
تقويمه باعتبار قيمته وهما ثم وقع التنازع في قيمته القول للضارب لأنه المنكر كما لو قتل عبدا خطأ أو وقع التنازع في قيمته وعجز
القاضي عن تقويمه باعتبار حاله كان القول للضارب كذا في شرح الهداية للعيني قال رحمه الله ﴿وإن حررها سيدها بعد ضربه فألقته
فمات ففيه قيمته حيا﴾ ولا تجب الدية وإن كان بعد العتق لأن الوجوب بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فتجب قيمته حيا لأنه
صار قاتلا له وهو حي فاعتبرنا حالتي السبب والتلف فأوجبنا عليه القيمة باعتبار حالة السبب وهو الضرب لأنه رقيق حينئذ وأوجبنا
عليه جميع قيمته باعتبار حالة التلف كأنه ضربه في الحال وكان ينبغي أن يجب ما نقص بضربه إلى أن يوجد العتق كما لو قطع
يد عبد أو جرحه فأعتقه المولى ثم مات يجب عليه أرش اليد والجرح وما نقص من قيمته إلى العتق لأن العتق يقطع السراية
لكن اعتبر فيه الحالتان لأن الضرب لم يوجد في حق الجنين لأن المقصود بالضرب الأم فأوجبنا القيمة دون الدية لأنه صار
قاتلا له بالضرب الأول فصار كما لو رمى عبدا فأعتقه المولى ثم وقع عليه السهم فمات فإنه تجب عليه القيمة للمولى لأن الرمي ليس بجناية
ما لم يتصل بالمحل ولا يجب فيه شيء بدون الاتصال بخلاف القطع والجرح لأنه جناية في الحال والعتق يقطع السراية ومع هذا تجب
القيمة دون الدية لأنه يصير قاتلا له من وقت الرمي لأنه الفعل المملوك له وقال فخر الإسلام قال بعض مشايخنا معنى قوله ضمن
أي الدية وقوله ولا تجب الدية ليس هو في الجامع الصغير ووجهه أن الضرب وقع على الأم فلم يعتبر جناية في الجنين إلا بعد الانفصال حيا
ولذلك لم تقطع سرايته بخلاف من جرح فأعتقه مولاه وقال بعضهم بل المراد به حقيقة القيمة لأن الجناية قد تمت منه لكن
لا يعتبر في حق الجنين مقصودا إلا بعد الانفصال فأشبه الرمي لدى تم من الرامي ولا يعتبر في حق المرمي إليه إلا بعد الإصابة وقيل
هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب لأن القطع قاطع السراية وقيد بقوله بعد ضربه لأنه
لو حررها قبل الضرب ثم ألقته حيا فالواجب الدية على قولهما وعلى قول الإمام تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب
واختلف المشايخ لمن يكون هذا المقدار قال بعضهم لورثة هذا الجنين وقال بعضهم للمولى وكذا في الشارح انتهى قال رحمه الله ﴿ولا
كفارة في الجنين﴾ وقال الشافعي رحمه الله تجب الكفارة لأنه نفس من وجه فتجب احتياطا لما فيها من العبادة ولنا أن الكفارة
فيها معنى العقوبة لأنها شرعت زاجرة وفيها معنى العبادة لأنها تتأدى بالصوم وقد عرف وجوبها في النفس المطلقة فلا تتعداها لأن
العقوبة لا يجري فيها القياس وقول الشافعي فيه تناقض لأنه يعتبره جزءا حتى أوجب عليه عشر قيمة الأم وههنا اعتبره نفسا حتى
أوجب فيه الكفارة ونحن اعتبرناه جزءا من وجه ولهذا لم يجب فيه كل البدل فكذا لا يجب فيه الكفارة لأن الأعضاء لا كفارة فيها
إلا أن يتبرع بها هو لأنه ارتكب محظورا فإذا تقرب بها إلى الله تعالى كان أفضل ويستغفر الله تعالى مما صنع من الجريمة العظيمة
والجنين الذي استبان بعض خلقه في جميع ما ذكرنا من الأحكام كالتام لإطلاق ما روينا ولأنه ولد في حق الأحكام كأمومية الولد
وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولأنه يتميز من العلقة والدم فكان نسمة قال رحمه الله ﴿وإن شربت
دواء لتطرحه أو عالجت فرجها حتى أسقطته ضمن عاقلتها الغرة إن فعلت بلا إذن﴾ لأنها ألقته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل
عنها العاقلة لما بينا ولا ترث هي من الغرة شيئا لأنها قاتلة بغير حق والقاتل لا يرث بخلاف ما إذا فعلت ذلك بإذن الزوج حيث لا تجب
الغرة لعدم التعدي ولو فعلت أم الولد ذلك بنفسها حتى أسقطت فلا شيء عليها لاستحالة وجوب الدين على المملوك لسيده ولو
استحقت وجب للولي غرة لأنه تبين أنه ليس بمالك لها وأنه مغرور وولد المغرور حر الأصل وهي متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة

تجب من قيمة امرأته ويقال للمستحق ان شئت فادفعها لان الحكم في جناية المملوك وفي جامع الفتاوى
وفي نوادر رستم امرأة شربت دواء لتسقط ولدها عمدا فألقت جنينا حيا ثم مات فعلى العاقلة الدية ولا ترث منه شيأ وعليها الكفارة
وان ألقت جنينا ميتا فعلى عاقلتها الغرة ولا ترث منه شيأ وعليها الكفارة وقال أبو بكر في هذه الصورة انها اذا أسقطت سقطا ليس عليها
الا التوبة والاستغفار وان كان جنينا فعليها الغرة وتأويله اذا شربت دواء يوجب سقوط الولد وتعمدت ذلك وفي المنتقى رواية
محمد في امرأة شربت دواء فأسقطت وكانت شربت لغير ذلك يعني لغير اسقاط الولد فعليها الغرة ولا كفارة عليها في قول أبي حنيفة
ومحمد ولا ترثه وقال بعضهم عليها الكفارة وهذا الجواب من زيادات الحاوي وفي المنتقى سئل أبو بكر عن حامل أرادت ان تلقي
العلقة قال نعم قيل نسأل أهل الطب من ذلك ان قالوا يضر بالحمل لا تفعل وان قالوا لا يضر تفعل وكذا الحجامة والفصد قال الفقيه
وسمعت من يعرف ذلك لا من قال لا بد من ان تفعل ما لم يتحرك الولد فاذا تحرك ولا بأس بالحجامة ما لم تقرب الولادة فاذا قربت
فلا تفعل وأما الفصد فالامتناع في حال الحمل أفضل لانه يخاف على الولد الا ان يدخل الام ضرر بين في تركه وفي فتاوى النسفي
سئل عن مختلعة وهي حامل احتالت لانقضاء العدة باسقاط الولد قال ان سقط بفعلها وجب عليها الغرة ويكون ذلك للزوج وفي
الحاوي وهي لا ترث منه لانها قاتلة قال الاب اذا ضرب ابنه الصغير تأديبا فعطب من ذلك ينظر ان ضربه حيث لا يضرب للتأديب
فعليه الدية والكفارة عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا شيء عليه وفي نوادر بشر عن أبي يوسف ان عليه كفارة وعلى هذا
الخلاف الوصي اذا ضرب الصغير فمات وفي الكبرى وان كان ضربه المعلم في الموضع المعتاد فمات لا يضمن هو ولا الاب ولا الوصي
في قولهم جميعا وكذا المؤدب الذي يعلمه الكتابة اذا ضربه باذن والده لا ضمان عليه وعليه الكفارة في قولهما وهذا اذا كان
ضربه المعلم في موضع معتاد وفي رواية محمد لا كفارة عليهما والفتوى على الاول والزوج اذا ضرب زوجته حيث تضرب للتأديب
مثل ما تضرب حال نشوزها يضمن بالاجماع والاب والوصي اذا سلما الصغير الى معلم يعلمه القرآن أو علما آخر فضربه المعلم للتعليم
فلا ضمان على المعلم ولا على الاب والوصي وفي المنتقى عن أبي حنيفة وأبي يوسف ان عليه الكفارة وان ضربه بحيث لا يضرب و
دون ضرب المعلم فالمعلم ضامن قال هشام في نوادره قلت لمحمد ان لم يكن الاب قال له في أمر الضرب شيأ قال يضمن المعلم وفي رواية
في بعض النسخ ان ضرب الصغير انما يضمن على قول أبي حنيفة اذا كان للتأديب أما اذا ضربه لتعليم القرآن لا يضمن كالمعلم
فلا فرق بين ضرب المعلم باذن الاب وبين ضرب الاب اذا كان للتعليم وذكر شمس الائمة الحلواني في شرح كتاب الاجارات
أن في ضرب الاب ابنه وفي ضرب الزوج زوجته روايتين عن محمد في رواية يضمن وفي رواية لا يضمن وأما الوالدة اذا ضربت ولدها
الصغير للتأديب فلا شك انها تضمن على قول أبي حنيفة وقد اختلف المشايخ فيه على قولهما قال بعضهم لا تضمن وقال بعضهم هي
ضامنة لان الضرب تصرف في النفس وليس لها ولاية التصرف في النفس أصلا وفي كتاب العلل للزوج ان يضرب امرأته على
ترك الصلاة وللاب أن يضرب ابنه على ترك الصلاة وذكر مسألة المعلم اذا ضرب الصغير باذن الاب على الاتفاق قال ثم عاد وذكرها
قال محمد ثم وهذا عندنا وفي العيون اذا قال لرجلين اضربا ابني هذا مائة سوط فليس لاحدهما ان يضربه المائة كلها فان ضربه
أحدهما تسعة وتسعين وضربه الآخر سوطا واحدا في القياس يضمن ضارب الاكثر وفي رواية لا يضمن وهو نظير ما لو قال
لامرأتين اقبلا هذا الخبز فأخذ الثنتان فأكلتاه وان أكلت احداهما عامته والاخرى بقيته لا يلزم استحسانا وفي الكبرى
الحبر اذا ضرب التلميذ فمات ان كان ضربه بأمر أبيه أو وصيه لا يضمن اذا كان في الموضع المعتاد ولو ضرب امرأته على الصلاح
أو في أدب فماتت يضمن اجماعا وعليه الكفارة فمارقانهما وبين الاب فان ضرب الاب لمنفعة الابن وضرب المرأة لمنفعة الزوج
وفي السراجية رجل ضرب رجلا سياطا فجرحه فبرأ منه فعليه ارش الضرب ان بقي أثر الضرب وان لم يبق لا يجب عليه شيء سوى
التعزير وقال أبو يوسف تجب حكومة عدل وقال محمد أجرة الطبيب وثمن الادوية وفي الجامع الصغير الحسامي وهذا اذا جرح ابتداء
وأما المجروح في الابتداء لا يجب بالاتفاق وفي المنتقى رجل قتل عمدا وله أخ معروف فأقر أجنبي انه ابن المقتول وادعى ذلك الابن
وهو كبير فان للمقر له القود وقال أبو الفضل هذا الجواب خلاف ما في الاصل وفي نوادر هشام عن أبي يوسف رجل ادعى انه عبده
وأقام البينة وشهد الشهود انه كان عبده فأعتقه وهو حر اليوم فان كان له وارث قضي لوارثه بالقصاص في العمد وبالدية في الخطا وان
لم يكن له وارث فلمولاه قيمته في العمد والخطا وفي نوادر ابن سماعة قال سمعت أبا يوسف يقول في رجل في يده صبي صغير فقطع

الرجل يد الصبي عمدا ثم قال القاطع هو عبدك وقال لدي في يده هو ابني لا أصدقه على ذلك ولو قال هذه المسألة بعد موت الصبي عليه وعلى الجاني القود وفي المنتقى رجل جرح فقال فلان قتلني ثم أقام وارثه بينة على رجل آخر أنه قتله قبلت بينته وذكر بعد ذلك هذه المسألة عن أبي يوسف رجل قال فلان جرحني وأقام ابن له بينة على ابن له آخر أنه جرحه خطأ قال أقبل البينة على الابن وأخرجه عن الميراث بذلك فلما أخرجناه من الميراث جعلنا الدية على عاقلته قال هشام سمعت محمدا يقول في رجل أدخل بائما أو مغمى عليه في بيته فسقط البيت عليه قال لا يضمن الا في المعتوه والصبي وفي المنتقى رجل فقأ عيني عبد وقطع الآخر رجله أو يده معا وكانت الجناية منهما معا فعليهما قيمته أثلاثا ويأخذان العبد فيكون بينهما على قدر ذلك وكذلك كل جارحة من اثنين معا جراحة هذا في عضو وجراحة الآخر في عضو تستغرق ذلك القيمة كلها فانه يدفعه اليهما ويغرمان قيمته على قدر أرش جراحتهما ويكون بينهما على ذلك وان مات منهما والجراحة خطأ فعلى كل واحد منهما فعلى الجارح الاول أرش جراحته من قيمته مجروحا الجراحة الأولى وما بقي من قيمته فعليهما نصفان وان برأ منهما والجراحة الاخيرة تستغرق القيمة والجراحة الأولى لا تستغرق فعلى الأول أرش جراحته وعلى الثاني قيمته مجروحا الجرح الأول ويدفع العبد اليه وان كانت الجراحة الأولى هي التي تستغرق القيمة فعلى الجارح الثاني أرش جراحته ومن أمسك رجلا حتى جاء آخر وقتله عمدا أو خطأ فلا شيء على الممسك عندنا وعلى القاتل القصاص في العمد والدية في الخطأ وهي مسألة كتاب الديات وعلى هذا من أمسك رجلا حتى جاء آخر وأخذ دراهمه فضمان الدراهم على الآخذ عندنا لا على الممسك وفي الجناية لو وطئ جارية انسان بشبهة أو أزال بكارتها فعلى قول أبي يوسف ومحمد ينظر الى مهر مثلها والى نقصان بكارتها ان كان أكثر يجب ذلك ويدخل الأقل في الأكثر ولو أن صبيا زنى بصبية وأذهب عذرتها كان عليه المهر بازالة البكارة لو كانت المرأة بالغة مستكرهة وان كانت مطاوعة لا يجب المهر لانه لو وجب على الصبي كان لولي الصبي أن يرجع بذلك عليها كما لو أمر صبيا بشيء يلحقه ضمانه كان لولي الصغير أن يرجع على الآمر ولا يفيد تضمين الصغير ولو أن امرأة بالغة عبثا افتضت بها وأذهب عذرتها أمرها كان على الصبي مهرها لان أمر الامة لم يصح في حق مولى الامة حرائق وقع في محلة فهدم رجل دار غيره بغير أمر صاحبه وبغير أمر السلطان حتى ينقطع عن داره ضمن ولم يأثم ابن سماعة عن محمد حر معه سيف وعبد معه عصا فالتقيا وضرب كل واحد منهما صاحبه حتى قتله وماتا ولا يدرى أيهما بدأ بالضرب فليس على ورثة الحر ولا على مولى العبد شيء وان كان السيف بيد العبد والعصا بيد الحر فعلى عاقلة الحر نصف قيمة العبد ولا شيء لورثة الحر على مولى العبد وان كان بيد كل واحد منهما عصا وضرب كل واحد منهما الآخر وشجه موضحة ثم ماتا ولا يدرى من الذي بدأ بالضرب فعلى عاقلة الحر قيمة العبد يأخذها المولى ثم يقال للمولى ادفع من ذلك قيمة الشجة الى ولي الحر وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شيء منه بشر بن الوليد عن أبي يوسف في رجلين ضرب كل واحد منهما صاحبه هذا بالسيف وهذا بعصا فماتا ولا يدرى أيهما بدأ قال على صاحب العصا نصف دية صاحب السيف على عاقلته وليس لصاحب العصا شيء واذا جرح الرجل عمدا بالسيف فأشهد المجروح بالسيف على نفسه ان فلانا لم يجرحه ثم مات المجروح من ذلك هل يصح هذا الاشهاد قالوا هذا على وجهين اما أن تكون جراحة فلان معروفة عند القاضي وعند الناس أو غير معروفة فان لم تكن معروفة كان الاشهاد صحيحا وفي الذخيرة وان أقام الورثة بينة بعد ذلك على ان فلانا جرحه لم تقبل هذه البينة وفي التجريد ولو أمر رجل عشرة رجال أن يضرب كل واحد منهم عبده سوطا ففعلوا ثم ان آخر ضرب سوطا ولم يأمره فمات العبد من ذلك كله فعلى الذي لم يؤمر أرش ما نقص بضربه مضروبا عشرة أسواط وعليه أيضا جزء من أحد عشر جزءا من قيمته مضروبا أحد عشر سوطا ولو أن المولى ضربه بيده عشرة أسواط ثم ضربه هذا الرجل سوطا ومات فعليه نقصان سوطه ونصف قيمته مضروبا أحد عشر سوطا وفي الجامع الصغير عن محمد فيمن اجتمع عليه الصبيان أو المجانين يريدون قتله وفي الحاوي أو أخذ ماله ولا يقدر على دفعهم الا بالقتل قال ليس له أن يقتلهم ولو قتل تجب عليه الدية قال المعلى قلت لمحمد ان صاحبنا يقول بالضمان وعنى انه أبو مطيع قال المعلى كنت في الطواف فاذا محمد بن الحسن فقال يا خراساني القول ما قال صاحبكم قال الشيخ وبه يفتي وكان نصير يقضي بالضمان في الصبي والمجنون والبهيمة اذا قتله الرجل دفعا وكان الفقيه أبو بكر يفتي بعدم الضمان قال الفقيه أبو الليث هذا القول يخالف ما قيل في الروايات الظاهرة وفي فتاوى الذخيرة أمة لرجل اذا ارتدت والعياذ بالله تعالى فقتلها رجل فلا شيء على القاتل هكذا ذكر محمد وفي غيرها ان على القاتل قيمتها وفي السغنقية سئل عمن سعى فيه الى السلطان وأخذ من الرجل مالا ظلما هل يضمن للساعي قال نعم

ويروى هذا عن زفر رحمه الله كثير من مشايخنا المتأخرين من المصلحة فتاوى اختار أصحابنا أن من سعى برجل إلى سلطان حتى غرمه لا يخلو
من ثلاثة أوجه أحدها إن كان السعاية بحق بأن كان يؤذيه ولا يمكنه دفع الأذى إلا بالرفع إلى السلطان أو كان فاسقا لا يمتنع عن
الفسق بالأمر بالمعروف ففي مثل هذا لا يضمن الساعي الثاني أن يقول إن فلانا وجد كنزا أو لقطة وظهر أنه كاذب يضمن إلا إذا كان
السلطان عادلا لا يغرم بمثل هذه السعايات أو قد يغرم وقد لا يغرم لا يضمن الساعي الثالث إذا وقع في قلبه أن فلانا يجيء إلى امرأته
فرفع إلى السلطان فغرمه السلطان ثم ظهر كذبه فعند أبي حنيفة لا يضمن الساعي وعند محمد يضمن وقال صدر الإسلام في كتاب الحيلة
والفتوى على قول محمد لغلبة السعاية في زماننا وقيل سواء قال صدقا أو كذبا إن لم يكن محتسبا وليس للسلطان حق الأخذ على
قياس قول محمد إذا أمر الأعوان بأخذ المال باعتبار الظاهر لا يجب وباعتبار السعاية يجب أما إذا لم يأمر الأعوان ولكن أراد تبيينه
وتحديد منه شيئا لا يضمن وقال الشيخ الإمام لا يضمن الجاني مطلقا قال الفقيه أبو الليث الساعي لا يضمن أيضا والمشايخ المتأخرون
منهم القاضي الإمام علي السغدي والحاكم عبد الرحمن وغيرهما أفتوا بوجوب الضمان على الساعي هكذا اختاره الصدر الشهيد
وهو صحيح ولو قال عند السلطان إن لفلان فرسا جيدا أو جارية حسناء والسلطان يأخذ فأخذ يضمن ولو كان الساعي عبدا يطالب
بعد العتق ولو اشترى أو قيل له اشتر بثمن غال وهي عند ظالم وتهدده إن كان قال صدقا لا يضمن وإن كان كذبا يضمن وقال في
الجامع الصغير قال أبو نصر الدبوسي فيمن قطع يد عبده أو لو إن عليه التعزير وفي الفتاوى عن خلف قال سألت أسد بن عمرو
عمن ضرب يده فأرسلها ومات منه قال هذا شبه العمد وفي المنتقى عن محمد قال في رجل قصد أن يضرب آخر بالسيف فأخذ المضروب
السيف بيده فقطع السيف أصابع الآخذ قال إن كان من غير المفصل فعلى الجاني الدية وإن كان من المفصل فعليه القصاص
وفي المنتقى رجل قتل عمدا وله ابنان وامرأة فعفت المرأة عن الدم ثم إن أحد الابنين قتل القاتل وهو يعلم بالعفو فعليه الدية في ماله
في ثلاث سنين يدفع عنه من ذلك ما كان له على قاتل الأب وأما إذا قتل أحدهما أباه عمدا وقتل الآخر أمه عمدا فللأول أن يقتل
الثاني بالأم ويسقط القصاص عن الابن لأن القصاص الأول لما قتل صار القصاص موروثا بين الابن الآخر وبين الأم فللأم من ذلك
الثمن فإن قتل الآخر الأم صار الثمن الذي ورثته الأم من الابن ميراثا للابن الأول فسقط ضرورة وإذا جنى على مكاتب إنسان ثم رده
مولاه فلا يهدر السراية بل تكون السراية مضمونة على الجاني بعد الرد ولو كاتبه أو أعتقه قبل السراية أيضا وإذا جنى على
مكاتب إنسان ثم دبر المكاتب فعتق ثم مات المكاتب من تلك الجناية فعلى الجاني قيمة المكاتب لا الدية وإن مات حرا وفي
المنتقى رجل شهد له رجلان أنه قتل ابن هذا فلانا وشهد آخران لهذا الرجل أيضا أنه قتل ابن هذا فلانا وسميا ابنا آخر له غير الذي
سماه الأولان وزكي الفريق الأول ولم يزك الفريق الثاني فدفع المشهود عليه إلى المشهود له ليقتله فقال المشهود له أما أقتلك
بابني الذي لم يزك الشهود على قتله ولا أقتلك بابني الذي زكي الشهود على قتله ثم قتله فلا شيء عليه وإن قال لم تقتل ابني الذي زكي
الشهود على قتله وإنما قتلت ابني الآخر فقتله كان عليه الدية استحسانا وفي القياس عليه القتل وفي المنتقى قال محمد في نصراني شهد
عليه نصرانيان أنه قتل ابن هذا النصراني عمدا فقضي عليه بالقصاص ودفع إليه ليقتله فأسلم ففي أدرأ عنه القتل وأجعل عليه الدية
وروى الحسن عن أبي حنيفة في مسلم قطع يد عبد لنصراني عمدا فأقام العبد بينة على النصراني أن مولاه كان أعتقه قبل أن يقطع
هذا المسلم يده قبلت شهادتهم على العتق ولا يقضى له بالقصاص له نصف القيمة والله تعالى أعلم بالصواب

﴿باب ما يحدث الرجل في الطريق﴾

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسبيبا وقدم الأول لكونه أصلا لأنه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر
وقوعا فكان أمس حاجة إلى معرفة أحكامه قال رحمه الله ﴿ومن أخرج إلى طريق العامة كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو دكانا
فلكل نزعه﴾ أي لكل أحد من أهل المرور أخذه ونقضه ومطالبته بالنقض كالمسلم البالغ العاقل الحر وكالذمي لأن لكل منهم
المرور بنفسه وبدوابه فيكون له الخصومة بنفسه كما في الملك المشترك بخلاف العبد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يؤمر
بالهدم بمطالبتهم لأن مخاصمة المحجور عليهم لا تعتبر في مثله بخلاف الذمي هذا إذا بنى لنفسه فيه حادث ذكره المحرر عما إذا بنى
للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينقض كذا روي عن محمد رحمه الله وقيل إنما له الخصومة إذا لم يكن له مثل
ذلك فإن كان له مثله لا يلتفت إلى خصومته لأنه لو أراد إزالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يزل ما في قدرته علم

انه متعنت قال في النهاية الكنيف المستراح والميزاب والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الاسلام جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه ثم الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة مواضع أحدها انه هل يحل له احداثه في الطريق أم لا والثاني في الخصومة في منعه من الاحداث منعه ورفعه بعده والثالث في ضمان ما تلف بهذه الاشياء أما الاحداث فقال شمس الائمة ان كان الاحداث يضر بأهل الطريق فليس له ان يحدث ذلك وان كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه ما لم يمنع منه لان الانتفاع في الطريق بغير ان يضر بأحد جائز فكذا ما هو مثله فيلحق به اذا احتاج اليه فاذا أضر لم يحل لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وهذا الطريق من سبيله اذ ليس فانه لا يسعه التأخير اذا طالبه صاحبه ولو لم يطالبه جاز له تأخيره وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز اذا لم يضر بأحد وان أضر لم يجز لما قلنا وأما الخصومة فيه فقال أبو حنيفة لكل واحد من عرض الناس ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام لان فيه افتياتا على رأيه لان التدبير في أمور العامة الى الامام والعرض بالضم الناحية والمراد واحد من الناس وعلى قول أبي يوسف لكل واحد ان يمنعه من ذلك وعلى قول محمد ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر الناس لانه مأذون له في احداثه شرعا ألا ترى أنه يجوز له ذلك ان لم يمنعه أحد والمانع منه متعنت ولا يتمكن من ذلك فصار كما لو أذن له الامام بل أولى لان اذن الشارع أحرى وأقوى كالمرور حتى لا يجوز لاحد أن يمنعه وجوابه ان هذا انتفاع بما لم يوضع له الطريق فكان لهم منعه وان كان جائزا في نفسه بخلاف المرور فيه لانه انتفاع بما وضع له فلا يكون لاحد منعه قال رحمه الله ﴿وله التصرف في النافذ الا اذا أضر﴾ أي له أن يتصرف باحداث الجرصن وغيره مما تقدم ذكره في الطريق النافذ اذا لم يضر بالعامة معناه اذا لم يمنعه أحد وقد ذكرناه والخلاف الذي فيه فلا نعيده قال رحمه الله ﴿وفي غيره لا يتصرف فيه الا باذنهم﴾ أي في غير النافذ من الطريق لا يتصرف أحد باحداث ما ذكرنا الا باذن أهله لان الطريق التي ليست بنافذة مملوكة لاهلها فهم فيها شركاء ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل أضر بهم أو لم يضر بخلاف النافذ لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به ما لم يضر بأحد ولانه اذا كان حق العامة ويتعذر الوصول الى اذن الكل جعل كل واحد كأنه هو المالك وحده في حق الانتفاع ما لم يضر بأحد ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على شركته حقيقة وحكما وفي المنتقى انما نؤمر برفع هذه الاشياء اذا علم حدوثها ولو كانت قديمة فليس لاحد حق الرفع وان لم يدر حال هذه الاشياء تجعل قديمة وهذا هو الاصل قال رحمه الله ﴿فان مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته كما لو حفر بئرا في طريق أو وضع حجرا فتلف به انسان﴾ أي اذا مات انسان بسقوط ما ذكره من كنيف أو ميزاب أو جرصن فديته على عاقلة من أخرجه الى الطريق لانه سبب للهلاك متعديا في احداث ما تضرر به المارة باشغال هواء الطريق به أو باحداث ما يحول بينهم وبين الطريق وكذا اذا عثر بنقضه انسان ولو عثر بما أحدثه هو رجل فوقع على آخر فماتا فديتهما على عاقلة من أحدثه لان الواقع كالمدفوع على الآخر ولو سقط الميزاب فأصاب ما كان في الداخل رجلا فقتله فلا ضمان على أحد لانه وضع ذلك في ملكه فلم يكن متعديا فيه وان أصابه ما كان خارجا فيه يضمن وان لم يعلم أخرجها أم داخلا لانه ان كان خارجا ضمن وان كان داخلا لا يضمن وفي القياس لا يضمن بالشك لان براءة ذمته ثابتة بيقين وفي الشغل شك وفي الاستحسان يضمن النصف لانه في حال يضمن الكل وفي حال لا يضمن شيأ فيضمن النصف ولا يقال ينبغي ان يضمن ثلاثة أرباع الدية لانه يضمن في حالة النصف وهو ما اذا أصابه الطرفان فيتنصف فيكون مع النصف الاول ثلاثة أرباع لان أحوال الاصابة حالة واحدة ولا تعدد لاستحالة اجتماعهما بخلاف الجرحين ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب بخلاف الحائط المائل اذا باعه بعد الاشهاد عليه ثم سقط في ملك المشتري على انسان حيث لا يضمن البائع ولا المشتري لان المشتري لم يشهد عليه وهو شرط الحائط المائل وفي حق البائع قد بطل الاشهاد الاول لان الملك شرط لصحة الاشهاد فيبطل بخروجه عن ملكه لانه لا يتمكن من نقض ملك الغير وفيما نحن فيه انما يضمن باشغال الطريق لا باعتبار الملك والاشغال باق بعد البيع ألا ترى ان ذلك الاشغال لو حصل من غير مالك كالمستأجر أو المعير أو الغاصب يضمن وفي الحائط لا يضمن غير المالك ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع قبل ان يفرغوا من

العملة فقتل إنسانا فالضمان عليهم لأن التلف بعملهم لأن العمل لا يكون مسلما إلى رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة ويحرمون من الإرث بخلاف ما تقدم من المسائل من إخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف إلى الطريق فقتل إنسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الإرث لأنه تسبب وهنا مباشرة والقتل غير داخل في عقده فلم يستند فعلهم إليه فاقتصر عليهم قال شيخ الإسلام رحمه الله تعالى هذا على وجوه أما إن قال لهم ابنوا لي جناحا على فناء داري فإنه ملكي ولي فيه حق إشراع الجناح إليه من القديم ولم تعلم الفعلة ثم ظهر بخلاف ما قال ثم سقط فأصاب شيئا فالضمان على الأجر ويرجعون بالضمان على الآمر فيما إذا ضمنا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لأن الضمان وجب على الفاعل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه كما لو استأجر شخصا ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر وكذا هذا وأما إذا قال لهم اشرعوا لي جناحا على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق الشرع في القديم أو لم يخبرهم حتى بنوا ثم سقط فأتلف شيئا إن سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان عليهم ولم يرجعوا به على الآمر قياسا وإن سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك في جواب القياس لأن المستأجر أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا فساد أمره فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر رجلا ليذبح شاة جاره وأعلمه فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وكذا لو استأجرهم ليبنوا له بناء في وسط الطريق ثم سقط وأتلف شيئا لم يرجعوا به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لأن هذا الأمر صحيح من حيث إنه لا يجوز بيعه من حيث إن الأمر صحيح يكون إقرارا بالضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث إنه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما إظهار شبهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهارها قبل الفراغ لأن أمر الآمر إنما لا يصلح من حيث إنه لا يملك الانتفاع بفناء داره وإنما حصل له ذلك بعد الفراغ من العمل قوله كما لو حفر بئرا في طريق فتلف به إنسان أي القتل بسقوط الميزاب ونحوه كالقتل بحفر البئر ووضع الحجر في الطريق لأن كل واحد منهما قتل تسبب حتى لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الميراث فيكون حكمه كحكمه فيما ذكرناه قوله حفر إلى آخره حفر بئرا في الطريق فجاء آخر وحفر طائفة في أسفلها ثم وقع فيها إنسان ومات في القياس يضمن الأول وبه أخذ محمد وفي الاستحسان يجب الضمان عليهما أثلاثا ولو حفر بئرا ثم جاء آخر ووسع رأسها فسقط فيها إنسان ومات كان الضمان عليهما أثلاثا قالوا تأويل المسألة أن الثاني وسع رأسها بحيث يعلم الناس أن الواقع إنما وقع في موضع بعضه من حفر الأول وبعضه من حفر الثاني أما إذا وسع الثاني رأسها بحيث إنه إنما وقع في موضع حفر الثاني كان الضمان على الثاني وإن لم يدر فالضمان عليهما قاضيخان قوله حفر إلى آخره سقط إنسان فقال الحافر إنه ألقى نفسه وكذبه الورثة في ذلك كان القول قول الحافر في قول أبي يوسف آخرا وهو قول محمد لأن الظاهر أن البصير يرى موضع قدميه وإن كان الظاهر أن الإنسان لا يوقع نفسه إلا إذا وقعت له شدة ولا يجب الضمان بالشك قوله حفر بئرا في الطريق ثم كساها التراب أو بحصير أو غطاها من جنس الأرض يضمن الأول ولو غطى رأسها فجاء آخر ورفع الغطاء فوقع فيها إنسان ضمن الأول وقال قاضيخان قيد بقوله فتلف فيه فلو لم يمت من ذلك بل مات جوعا أو عطشا أو غما هل يضمن الحافر لم يذكر محمد هذا وقد ذكر أبو يوسف في الإملاء خلافا فقال على قول أبي حنيفة لا يضمن الحافر إذا مات جوعا والجواب كما قال أبو حنيفة فأما إذا مات غما فإنه يضمن الحافر وفي الكبرى والفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله وفي الذخيرة وقال محمد يضمن في الحالتين هذا إذا كان الحفر في طريق المسلمين فأما إذا كان الحفر في فناء داره فوقع فيه إنسان فمات هل يضمن إن كان الفناء لغيره يكون ضامنا وأما إذا حفر في ملكه أو كان له حق الحفر في القديم فكذا الجواب لا يضمن وإن لم يكن ملكا له ولكن كان لجماعة المسلمين أو كان شركا بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمن قال في المنتقى فناء دار الرجل ما كان في داره يحتاج إليه وإن كان في عرض سكة أو أعرض منها فأما إذا أمر رجلا أن يحفر له بئرا في أصل حائط جاره وفنائه فهذا كله فناء الآمر وفناء جاره الذي هو فناء له فهو فناؤهما وإن كانت السكة غير نافذة فمر بالحفر في موضع ليس له فيه منفعة ولا يحتاج إليه الدار وهذا ليس بفنائه وإذا أوقع إنسان نفسه في البئر فلا ضمان على الحافر شرح الطحاوي ومن حفر بئرا على قارعة الطريق فوقع فيها دابة أو إنسان فتلف فالضمان على الحافر ولو جاء إنسان فدفعه وألقاه في البئر وهلك فالضمان على الدافع دون الحافر وفي الخانية رجل حفر بئرا في ملكه ثم سقط إنسان فقتل الساقط ذلك الإنسان أو الدابة كان الساقط ضامنا دية أو قيمة من كان فيها وإن كان البئر في الطريق كان الضمان على حافر البئر فإذا حفر

في ذلك بنفسه فسقوطه لا يكون ضامنا إلى الحافر وكان تلف المسقوط عليه مضافا إلى الساقط وإذا حفر الرجل بئرا في طريق المسلمين ثم آخر حفر طائفة أخرى في أسفلها ثم وقع إنسان ومات فإنه ينبغي في القياس أن يضمن الأول وبه أخذ محمد واختلف المشايخ في جواب الاستحسان فمنهم من قال جواب الاستحسان أن يكون الضمان على الأول والثاني ومنهم من قال جواب الاستحسان أن يكون الضمان على الثاني خاصة إلا أن أصحابنا أخذوا بالقياس وكان كمن حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء إنسان ووضع في البئر سلاحا ثم جاء إنسان ووقع على السلاح ومات من ذلك فإن الضمان على الحافر وسئل بعضهم عمن حفر في صحراء قرية التي هي لأهل القرية وهي مبيت دوابهم حفيرة يضع فيها الحنطة والشعير بعيدا من البيادر فجاء رجل وأوقد في الحفيرة نارا كبسها وذلك أيضا بعيد من البيادر فوقع فيها حمار فاحترق بالنار فالضمان على من يجب فقال على الحافر قال وهذا قياس ما نقل عن أصحابنا في كتاب الديات أن من حفر بئرا على قارعة الطريق وألقى رجل فيها حجرا بعدما وقع في البئر رجل فأصابه الحجر الذي في البئر فمات أن الدية على الحافر ومثله لو وضع رجل حجرا على الأرض بقرب البئر فتعقل فيها إنسان ووقع فهلك فالدية على من وضع الحجر كأنه ألقاه في البئر فمات ولو كان كذلك كان الضمان على الدافع وكذلك ههنا هذا إذا وضع الحجر واضع فأما إذا لم يضعه أحد ولكن كان الحجر راسخا فتعقل به إنسان ووقع في البئر ومات فالضمان على الحافر لأنه متعد في التسبب وكان بمنزلة الماشي إذا وقع في البئر ولم يعلم بالبئر فالضمان على الحافر وإن كان الماشي دافعا نفسه في البئر وأنه مباشر والحافر متسبب وفي الظهيرية وإن كان الحجر لم يضعه أحد لكنه حمل السيل جاء به فالضمان على الحافر ومن هذا الجنس ما ذكر في المنتقى رجل حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء إنسان وراق فأصابه رجل آخر على الطريق ووقع في البئر ومات فالضمان على الذي صب الماء فإن كان الماء ماء السماء فعلى صاحب البئر وإذا حفر الرجل بئرا في طريق مكة في الفيافي والمفازات في غير ممر الناس فوقع فيه إنسان فإنه لا ضمان له وهذا بخلاف ما لو حفر في الطريق فإنه يصير ضامنا فإذا حفر بئرا على قارعة الطريق فوقع إنسان فسلم من الوقعة وطلب الخروج منها فتعلق حتى إذا كان في وسطها سقط وعطب فلا ضمان ولو مشى في أسفلها فعطب بصخرة فيها فإن كانت الصخرة في موضعها من الأرض فلا ضمان وإن كان صاحب البئر قلعها من موضعها ووضعها في ناحية البئر فعلى صاحب البئر هكذا ذكر في المنتقى شرح الطحاوي وإذا حفر الرجل بئرا في الطريق فسقط فيه رجل فتعلق به آخر وتعلق الثاني بثالث وسقطوا جميعا وماتوا جميعا فهو على ثلاثة أوجه إن ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض أو من وقوعهم ووقع بعضهم على بعض وقد علم كيفية الموت أو لم يعلم كيف ماتوا فإن ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض فدية الأول على الحافر لأنه كالدافع ودية الثاني على الأول لأن الثاني مباشر ودية الثالث على الثاني وإذا أخرجوا أحياء وأخبروا عن حالهم ثم ماتوا فدية الأول على سبعة أوجه أما إن مات من وقوعه لا غير فديته على الحافر وإن مات من وقوع الثاني عليه فديته هدر لأنه قاتل لنفسه بجره وإن مات من وقوع الثالث عليه فديته على الثاني لأنه هو جر الثالث وإن مات من وقوع الثاني والثالث فنصف ديته هدر ونصفها على الثاني وإن مات من وقوعه ووقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثاني وإن مات من وقوعه ووقوع الثاني والثالث فالثلث هدر لأنه قتل نفسه بجر الثاني عليه والثلث على الحافر لأنه كالدافع والثلث على الثاني بجر الثالث مباشرة وأما الحكم في الثاني فإن مات بوقوع الثالث عليه فديته هدر لأنه جره إلى نفسه وإن مات من وقوع الأول عليه فديته على الأول لأنه صار كالدافع للثاني في البئر وإن مات من وقوع الأول والثالث فنصف ديته هدر لجره الثالث إلى نفسه ونصفها على عاقلة الأول لجره الأول وإيقاعه في البئر وأما دية الثالث فعلى الثاني لجر الثاني له هذا إذا كان يدري حال وقوعهم فأما إذا كان لا يدري ولا يخلو إما أن يكون بعضهم على بعض أو وجدوا متفرقين فإن كانوا متفرقين فدية الثالث على الثاني ودية الثاني على الأول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد رحمه الله تعالى وفي قول آخر لم يبين محمد قائله في الأصل ويقال هو قول أبي يوسف وهو الاستحسان أن دية الأول أثلاث ثلث على صاحب البئر وثلث على الثاني لأنه جر الثالث عليه وثلث هدر لأن الأول هو الذي جر الثاني ودية الثاني نصفان نصف على الأول لأنه هو الذي جره ونصف هدر لأنه جر الثالث إلى نفسه ودية الثالث على الثاني عبد حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء إنسان ووقع فيها فدفعه المولى ثم وقع فيها آخر فعلى المولى أن يدفع كله أو يفديه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يدفع إليه نصفه لأنهما وقعا معا ودفعه إلى أحد الوليين رجل مات وترك دارا وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها فحفر فيها وارثه فهو ضامن نقصان الحفر للغرماء فإن وقع فيها إنسان فعليه ضمان ذلك على

وفيه وفي المنتقى ثم عن أبي يوسف في عبد حفر بئرا ثم أعتقه مولاه ثم وقع إنسان في البئر ومات فعلى المولى قيمته لورثته
قال محمد رأيي عليه شيء ولو أعتقه المولى أولا ثم حفر فوقع فيها إنسان فلا شيء على المولى بلا خلاف وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف
مكاتب حفر بئرا في الطريق ثم عجز ثم وقع فيها إنسان فقضى عليه بقيمته ثم وقع في البئر إنسان ومات قال يشارك الساقط في البئر الذي أخذ
القيمة فيها قال وكذلك المدبر قال ولو أن الساقط في البئر أخذ الذي أخذ قيمة المدبر من مولاه لم يكن بينه وبينه خصومة ولا
تقبل بينته على مولى المدبر ولكن يرجع المولى على الذي أخذ القيمة بحصتها وإن شاء اتبع به ولو كان
المدبر مدبرا أو أم ولد وقضى على المولى بقيمة واحدة يعتبر القيمة يوم الحفر ولا يعتبر زيادة القيمة ونقصانها وأما المكاتب فتلزمه
الجنايات ويعتبر قيمته يوم الحفر ولو كان الحافر عبدا فالجنايات كلها في رقبته ويخاطب المولى بالدفع أو الفداء بجميع الأروش فإن
أعتقه المولى بعد الحفر قبل الوقوع ثم حصلت الجنايات فعلى المولى قيمته يوم عتق يشترك فيها أصحاب الجنايات التي كانت بعد العتق
وقبله يضرب في ذلك كل واحد بقدر أرش جنايته ولو لم يعتق ولكن وقع واحد ومات فيدفع به ثم وقع ثان وثالث فيشتركون مع
المدفوع إليه الأول في رقبته بقدر حقوقهم ولو أن عبدا قتل إنسانا ودفعه المولى به ثم وقع إنسان في بئر كان حفرها العبد قبل ذلك
عند الدافع فيقال للمدفوع إليه إما أن تدفع نصفه إلى ولي الساقط في البئر أو تفديه بالدية ولو عفا ولي الساقط في البئر لم يدفع إلى الولي شيء من العبد ولا
خصومة في هذه المسئلة مع المولى الأول وإنما الخصم الذي في يده العبد وفي الخانية ولو أن رجلا حفر بئرا في سوق العامة أو بنى فيه
دكانا فعطب به شيء فإن فعل ذلك بإذن الإمام لا يكون ضامنا وبغير إذنه يكون ضامنا وكذا لو أوقف دابته في السوق في موضع معد
لإيقاف الدابة فأوقف الدابة في ذلك الموضع إن عين ذلك الموضع بإذن السلطان فعطب لا يكون ضامنا وإن لم يكن بإذن السلطان كان
ضامنا لأن السلطان إذا أذن بذلك يخرج ذلك الموضع عن أن يكون طريقا فيتعين لإيقاف الدواب وبغير إذن السلطان لا يخرج
من أن يكون طريقا ولو أن مدبرا حفر بئرا في الطريق ثم أعتقه المولى أو مات المولى حتى عتق المدبر بموته ثم وقع فيه كان الأشترى
[illegible] على [illegible] وكذا لو كان المدبر عبدا أعتقه المولى وقد ذكر هذه المسئلة على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد وإذا حفر الرجل نهرا
في غير ملكه فانفجر من ذلك النهر ماء يغرق أرضا أو قرية كان ضامنا ولو كان في ملكه فلا ضمان رجل سقى أرضه من نهر العامة
وكان على نهر العامة أنهار صغار مفتوحة أفواهها ودخل الماء في الأنهار الصغار وفسد بذلك أرض قوم قال شيخ الإسلام الأجل
ظهير الدين يكون ضامنا لأنه أجرى الماء فيها قال رحمه الله ﴿ولو بهيمة فضمانها في ماله﴾ أي لو كان الهالك في البئر أو بسقوط
الجرصن بهيمة تكون ضمانها في ماله لأن العاقلة لا تتحمل ضمان المال وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر
والخشبة لأن كل واحد من ذلك مسبب لما فيه من التعدي بخلاف ما إذا كان في ملكه لعدم التعدي وبخلاف ما إذا كنس
الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لأنه ليس بمتعد فيه لأنه لم يحدث فيه شيئا وإنما قصد إماطة الأذى عن الطريق
حتى لو جمع الكناسة في الطريق فعطب بها إنسان ضمن لوجود التعدي بشغله الطريق ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فتلف
به نفس أو مال كان ضمانه على من نحاه لأن فعل الأول قد انتسخ وكذا إذا صب الماء في الطريق أو رش أو توضأ فعطب به نفس أو مال
يضمن لأنه متعد فيه بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد فيها أو وضع خشبة أو متاعه لأن لكل واحد من
أهلها أن يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة بخلاف الحفر لأنه ليس من ضرورات السكنى فيضمن ما عطب
به كالدار المشتركة غير أنه لا يضمن في السكة ما انتقص بالحفر وفي الدار المشتركة يضمن لأن الشريك ملكا حقيقة في الدار حتى يبيع
نصيبه ويقسم بخلاف السكة قالوا هذا إذا رش ماء كثيرا حيث يزلق فيه عادة وأما إذا رش الماء المعتاد لا يضمن ولو تعمد المرور
في موضع الصب مع علمه به لا يضمن الراش لأنه هو الذي خاطر بنفسه فصار كمن وثب في الطريق من جانب إلى جانب فوقع فيها
بخلاف ما إذا كان بغير علمه بأن كان ليلا أو أعمى وقيل يضمن مع العلم أيضا إذا رش جميع الطريق لأنه مضطر إلى المرور فيه وكذا
الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في جميع أجزاء الطريق أو بعضه ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر
استحسانا قال رحمه الله ﴿ومن جعل بالوعة في طريق بأمر السلطان أو في ملكه أو وضع خشبة فيها﴾ أي في الطريق ﴿أو قنطرة
بلا إذن الإمام فتعمد الرجل المرور عليها لم يضمن﴾ أما إذا جعل البالوعة بأمر الإمام أو في ملكه ووضع الخشبة فلأنه ليس بمتعد
وأما إذا بنى القنطرة فلأن الباني فوت حقا على غيره فإن التدبير في وضع القنطرة من حيث تعيين المكان للإمام فكانت جنايته

الاعتبار فتمعدد رحل المرور عليهما يضمن ووضع الخشبة والقنطرة وان وجد التعدي منه فيهما لكن تعمده المرور عليهما يسقط النسبة الى الواضع لان الواضع متسبب والمار مباشر فصار هو صاحب علة ولا يعتبر التسبب معه وقد بيناه فيما مضى وان استأجر أجراء يحفرون له في غير فنائه فضمانه على المستأجر ولا شئ على الآجراء ان لم يعلموا انه في غير فنائه لان أمره قد صح ادا لم يعلموا ونقل فعلهم الى الآمر لانهم مغرورون من جهته فصار كما اذا أمر أجيرا بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره يضمن المأمور ويرجع به على الآمر لكونه مغرورا من جهته وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما متسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه فان علموا بذلك فالضمان على الآجراء لان أمره لم يصح لانه لا يملك أن يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمهم بذلك فبقي الفعل مضافا اليهم ولو قال لهم هذا فنائي وليس لي حق الحفر فيه فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فلم يغرهم وفي الاستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء لهم بمنزلة كونه مملوكا له لاطلاق يده بالتصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان آمرا بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكذا ينقل اليه وقال شيخ الاسلام اذا كان الطريق معروفا انه للعامة ضمنوا سواء قال لهم أولا واذا استأجر الرجل أجيرا ليحفر له بئرا فحفر له الاجير ووقع فيها انسان ومات فهذا على وجهين الاول ان يستأجر الاجير ليحفر له بئرا في الطريق فانه على وجهين الاول ان يكون طريقا معروفا للعامة المسلمين يعرفه كل أحد وفي هذا الوجه يجب الضمان على الاجير سواء علمه المستأجر بذلك أو لم يعلمه وان كان الطريق لعامة المسلمين الا انه طريق غير مشهور فان أعلم المستأجر الاجير بان هذا الطريق لعامة المسلمين وكذا الجواب أيضا فاما اذا لم يعلم فالضمان على الآمر لا على الاجير وهذا بخلاف ما لو استأجر أجيرا لذبح شاة فذبحها ثم علم ان الشاة لغير الآمر فان الضمان على الاجير أعلمه المستأجر بان الشاة لغيره أو لم يعلمه ثم يرجع اذا لم يعلم الوجه الثاني اذا استأجره ليحفر له بئرا في الفناء وقد تقدم بيانه وفي فتاوى الخلاصة اذا استأجر رجلا ليبني له أو ليحدث له شيأ في الطريق أو يخرج حائطا فعطب به من نفس أو مال فذلك على المستأجر دون الاجير استحسانا الا اذا سقط من يده لبن فأصاب انسانا فقتله تجب الدية على عاقلة الذي سقط من يده وعليه الكفارة وفي السغناقي من حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء آخر وحافر بنفسه ووثب من أحد الجانبين الى الجانب الآخر فوقع فيه ومات لم يضمن الحافر شيأ وفي المنتقى رجل جاء بقوم الى طريق من طرق المسلمين وقال احفروا لي ههنا بئرا أو قال اسقوا لي هنا ولم يقل غيره فان ضمان ما عطب به من ذلك على الآمر دون الفاعل ذكر المسئلة مطلقا وتأويلها ما اذا لم يكن الطريق مشهورا لعامة المسلمين ولم يعلمه المستأجر بذلك كذا ذكر شيخ الاسلام وذكر عقيب هذه المسئلة رجل جاء بقوم وقال احفروا في هذا الطريق بئرا ولم يقل لي ولم يقل استأجرتكم على ذلك وطوا انه الآمر وكذلك لو أدخلهم دارا وقال لهم احفروا فيها فحفروا ولو انها دار الآمر فهو على أن يقول ان استأجرهم على ذلك وذكر بعد هذا بشر بن الوليد عن أبي يوسف رجل استأجر رجلا فحفر له في غير فنائه فالضمان في رقبة العبد علم العبد بذلك أم لا ولو استأجر مكاتبا أو عبدا محجورا عليه لحفر بئر فوقعت البئر عليهما وماتا فالضمان على المستأجر في الحر لا في المكاتب ويضمن قيمة العبد لمولاه فاذا أخذ القيمة دفع المولى القيمة الى ورثة الحر والمكاتب فيضرب ورثة الحر فيه بثلث الدية وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب ثم يرجع المالك على المستأجر بقيمة العبد مرة فيدفع له وللمستأجر أن يرجع على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد ويأخذ أولياء المكاتب من الحر ثلث قيمة المكاتب ثم يأخذ من المكاتب مقدار قيمته فيكون بين ورثة الحر والمستأجر يضرب ورثة الحر بثلث ديته والمستأجر بثلث قيمة العبد قال رحمه الله ﴿ومن حمل شيأ في الطريق فسقط على انسان ضمن﴾ سواء تلف بالوقوع أو بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع في الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي الى الهدف أو الصيد قال رحمه الله ﴿ولو كان رداء قد لبسه فسقط لا﴾ أي لو كان المحمول رداء قد لبسه فسقط على انسان فعطب به لا يضمن والفرق بينه وبين الشيء المحمول ان الحامل يقصد حفظه فلا يخرج التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل في حقه مباحا مطلقا وعن محمد اذا لبس زيادة على قدر الحاجة وما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع من الحديد في غير الحرب ضمن لانه لا ضرورة الى لبسه فيشترط الضمان باعتبار حمله الموهوم اللبس قال رحمه الله ﴿مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا أو جعل فيها بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان من غيرهم ضمن﴾ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا

لا يضمن في الوجهين لأن هذه قربة يثاب عليها الفاعل فصار كأهل المسجد وكما لو كان بإذنهم وهذا لأن بسط الحصير وتعليق القنديل
من باب التمكين من إقامة الصلاة فيه فيكون من باب التعاون على البر والتقوى فيستوي فيه أهل المسجد وغيرهم وله أن التدبير
فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة حتى لا يعتد بمن سبقهم
في حق الكراهة إذا بعدهم يكره فيكان فعلهم مباحا مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة وفعل غيرهم مقيدا بها وقضية القربة لا تنافي
الغرامة إذا أخطأ الطريق كما إذا انفرد بالشهادة على الزنا وكما إذا وقف على الطريق لإماطة الأذى ليدفع الظالم فعثر به غيره تؤجر
على ذلك ويغرم والطريق فيه الاستئذان من أهله وقال الحلواني أكثر المشايخ أخذوا بقولهما وعليه الفتوى وعن ابن سلام باني
المسجد أولى بالعمارة والقوم أولى بنصب الإمام والمؤذن وعن الإسكاف أن الباني أحق به قال أبو الليث وبه نأخذ إلا أن ينصب
شخصا والقوم يرون من هو أصلح لذلك وفي الجامع الصغير أو حصيرا وفي الذخيرة أو حفر بئرا فعطب به إنسان لا شيء عليه وإن كان
الحافر من غير العشيرة ضمن ذلك كله هذا هو لفظ هذا الكتاب وفي الأصل يقول وإذا احتفر أهل المسجد في مسجدهم بئرا للماء
المطر أو علقوا فيه قناديل أو جعلوا فيه حبا يصب فيه الماء أو ركبوا فيه بابا فلا ضمان عليهم فيمن عطب بذلك فأما
إذا أحدث هذه الأشياء من هو من غير أهل المحلة فعطب به إنسان فهذا على وجهين إما إن فعلوا بغير إذن أهل المحلة أحدثوا شيئا
أو حفروا بئرا فعطب فيها إنسان فإنهم يضمنون بالإجماع فأما إذا وضعوا حبا ليشرب من الماء أو بسطوا حصيرا أو علقوا قناديل
بغير إذن أهل المحلة فتعقل إنسان بالحصير فعطب أو وقع القنديل وأحرق ثوب إنسان أو أفسده قال أبو حنيفة إنهم يضمنون وقال
أبو يوسف ومحمد لا يضمنون قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني وأكثر مشايخنا أخذوا بقولهما في هذه المسألة وعليه الفتوى
قال فيه أيضا إذا قعد الرجل في المسجد لحديث أو نام فيه أو قام فيه بغير الصلاة أو مر فيه مار لحاجة من الحوائج فعثر به إنسان فمات
قال أبو حنيفة رحمه الله إنه ضامن وقال أبو يوسف ومحمد إنه لا ضمان عليه إلا أن يمشي فيه على إنسان فأما إذا قعد لعبادة بأن كان
منتظر الصلاة أو كان قعد للتدريس وتعليم الفقه أو للاعتكاف أو قعد لذكر الله تعالى وتسبيحه وقراءة القرآن فعثر به إنسان فمات
هل يضمن على قول أبي حنيفة لا رواية لهذا في الكتاب والمشايخ المتأخرون اختلفوا فيه فمنهم من يقول يضمن عند أبي حنيفة وإليه
ذهب أبو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن وإليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني فأما إذا كان يصلي فعثر به إنسان فلا ضمان عليه
سواء كان يصلي الفرض أو التطوع بالاتفاق قال الفقيه أبو جعفر سمعت أبا بكر البلخي يقول إن جلس لقراءة القرآن معتكفا
في المسجد لا يضمن عندهم جميعا وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير إن جلس للحديث فعطب به رجل يضمن
بالإجماع لأنه غير مباح له الذخيرة وفي المنتقى رواية مجهولة وإذا فرش الرجل فراشا في المسجد ونام عليه فعثر رجل بالنائم فلا ضمان
ولو عثر بالفراش فهو ضامن وفيه أيضا رواية مجهولة إذا بنى مسجدا في طريق المسلمين بغير أمر السلطان فعطب بحائطه فهو ضامن
في قول أبي حنيفة وكذلك في قول أبي يوسف إذا كان في طريق الأمصار حيث يكون تضييقا وإضرارا وإن كان في الصحراء بحيث
لا يضر بالطريق غير أنه في أفنية المصر فلا ضمان عليه استحسانا ولو أن رجلا أخرج من داره مسجدا أو بنى كان أولى الناس من أهل
المحلة وغيرهم بإصلاحه والإسراج وليس لأحد أن يشركه فيه بإذنه وعن أبي يوسف رواية بشر عن أبي حنيفة لأهل المسجد أن
يهدموا مسجدهم ويجددوا بناءه وليس لغيرهم أن يفعل ذلك إلا برضاهم قال محمد في الجامع الصغير في رجل جعل قنطرة على نهر
بغير إذن الإمام فمر عليها رجل متعمدا أو وقع فعطب فلا ضمان عليه هكذا ذكر المسألة هنا واعلم أن هذه المسألة على وجهين أما إذا كان
النهر مملوكا له أو لم يكن مملوكا فلو كان مملوكا له فلا ضمان إن صار مسببا للتلف لأنه غير متعد في هذا السبب وإن لم يكن النهر مملوكا له فهذا على
وجهين إن كان نهرا خاصا لأقوام مخصوصين فلا ضمان عليه إن كان تعمد المرور عليها وإن لم يتعمد المرور عليها وفي الكافي بأن كان
أعمى أو مر ليلا فهو ضامن وصار الجواب فيه كالجواب فيما إذا حفر بئرا في ملك إنسان فوقع فيه إنسان أما إذا كان نهرا عاما لجماعة
مسلمين وقد فعل ذلك بغير إذن الإمام فالجواب فيه كالجواب فيما لو نصب جسرا أو قنطرة على نهر خاص لأقوام معينين هكذا ذكر
في ظاهر الرواية وروي عن أبي يوسف في غير رواية بشر إلا إذا كان النهر عاما لجماعة مسلمين فإنه لا ضمان على واضع القنطرة والجسر
سواء علم الماشي عليه فانخرق به فمات إن تعمد المرور عليها لا ضمان على واضع القنطرة وإن لم يعلم المار به ضمن كمن نصب خشبة
في طريق فإنه كان ضامنا قالوا إن كانت الخشبة الموضوعة صغيرة بحيث لا يوطأ على مثلها لا يضمن واضعها لأن الوطء على مثل

فهذا الخشبة بمنزلة نعمة الرجل وان كانت الخشبة كبيرة توطأ على مثلها يضمن وأصحابنا هذا اذا كان النهر خاصا لأقوام مخصوصين فان كان النهر لعامة المسلمين فى ظاهر الرواية يكون ضامنا وعن أبى يوسف لا أنه يكون ضامنا قال التمرتاشي لو صاق المسجد فأهله لهم ان يمنعوا من ليس من أهله من الصلاة وفى العينى على الهداية ولا يمتنع ان يكون المسجد لعامة المسلمين ويختص أهله بتدبيره ألا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ مفاتيح الكعبة من بنى شيبة وأمره الله تعالى أن يردها اليوم بقوله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها قال رحمه الله (وان جلس فيه) أى فى المسجد (رجل منهم فعطب به آخر ضمن ان كان فى غير وقت الصلاة وان كان فيها لا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال وقد تقدم بيان ذلك لهما أن المساجد بنيت للصلاة والذكر قال الله تعالى فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه وقال تعالى وأنتم عاكفون فى المساجد فاذا بنيت لها لا يمكنه أداء الصلاة مع الجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه من ضرورتها فيباح له ولان المنتظر للصلاة فى الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام المنتظر للصلاة فى الصلاة ما دام ينتظرها أو تعليم الفقه وقراءة القرآن عبادة كالذكر وله أن المسجد بنى للصلاة وغيرها من العبادة تبع بدليل ان المسجد اذا ضاق على المصلى كان له أن يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلى فيه وان كان القاعد مشتغلا بذكر الله تعالى أو بالتدريس أو معتكفا وليس لاحد ان يزعج المصلى من مكانه الذى سبق اليه لما أنه بنى لها واسمه يدل عليه لان المسجد اسم لموضع السجود وفى العادة أيضا لا يعرف بناء المسجد الا للصلاة فاذا كان كذلك فلا بد من اظهار التفاوت بينهما فكان الكون فيه فى حق الصلاة مباحا مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة وفى حق غيرها مقيد بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين الاصل وبين التبع ولا يبعد أن يكون الفعل قربة مقيدا بشرط السلامة ألا ترى ان من وقف فى الطريق لاصلاح ذات البين قربة فى نفسه ومع هذا مقيد بالسلامة فى الصحيح وذكر صدر الاسلام ان الاظهر ما قالاه لان الجلوس من ضرورة الصلاة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة لشئ يكون حكمه كحكمه وفى العينى على الهداية وبه أخذ مشايخنا وفى الذخيرة وبه يفتى وذكر شمس الائمة أن الصحيح من مذهب أبى حنيفة ان الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف فى عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث والله أعلم

﴿فصل﴾ فى الحائط المائل لما ذكر رحمه الله تعالى أحكام القتل الذى يتعلق بالانسان مباشرة وتسببا شرع فى بيان أحكام القتل الذى يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل وكان من حقها ان تؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا ان الحائط المائل لما ناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائله بها ولهذا عبر بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا فى النهاية وغيرها قال رحمه الله ﴿حائط مال الى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال ان طالب بنقضه مسلم أو ذمى ولم ينقضه فى مدة يقدر على نقضه﴾ وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى لانه لم يوجد منه صنع هو فعل ولا مباشرة علة ولا مباشرة شرط أو سبب والضمان باعتبار ذلك فصار كما اذا لم يشهد عليه وبطل نقضه منه ووجه الاستحسان أنه روى عن على وعن شريح والنخعى وغيرهم من أئمة التابعين ما قلناه ولان الحائط لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه ورفعه فى قدرته فاذا طولب برفعه لزمه ذلك فاذا امتنع مع التمكن منه صار متعديا فيلزمه موجبه ولان الضرر الخاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالكفار اذا تترسوا بالمسلمين ثم ما تلف به من النفوس تتحمله العاقلة لئلا يؤدى الى الاجحاف وقال محمد لا تتحمل العاقلة حتى تشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم فى النقض وعلى انه مات بالسقوط عليه وعلى ان الدار لفلان وما تلف به من الاموال فضمانه عليه لان العاقلة لا تتحمل المال والشرط الطلب بالنقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند الجحود أو جحود العاقلة فكان من باب الاحتياط ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب النقض من ان يقول حائطك هذا مخوف أو مائل فاهدمه حتى لا يسقط وكذلك لو قال اشهدوا انى تقدمت الى هذا الرجل فى هدم حائطه هذا يصح أيضا ولو قال ينبغى لك ان تهدمه فليس هذا طلبا ولا اشهادا ويشترط ان يكون طلب النقض الى من له ولاية النقض كالمالك والاب والجد والوصى فى ملك الصغير والعبد التاجر كان عليه دين أولا والى الراهن فى الدار المرهونة لانه القادر على الهدم والى المكاتب ثم ان تلف حال بقاء الكتابة تجب عليه قيمته لتعذر الدفع وبعد العتق على عاقلة المولى وبعد العجز لا يجب على أحد لعدم قدرة المكاتب ولعدم الاشهاد على المولى ولو تقدم الى من يسكن أو المرتهن أو المولى لا يعتبر حتى لو سقط وأتلف شيأ لا يضمن

الساكن ولا المالك ويشترط دوام القدرة إلى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الإشهاد برئ عن الضمان لعدم قدرته على النقض ولا يصح الإشهاد قبل أن يميل لانعدام سببه وسوّى في المختصر بين أن يطالب بالنقض مسلم أو ذمي لأن حق المرور للكل بخلاف العبيد والصبيان لعدم قدرتهم على النقض إلا إذا أذن لهم المولى في الخصومة فحينئذ جاز طلبهم وإشهادهم لأنهم التحقوا بالبالغ ثم بعد الإشهاد تكون الخصومة عند سلطان أو نائبه ولو جن بعد الإشهاد مطبقا أو ارتد ولحق فقضى القاضي به ثم عاد مسلما ورد عليه الدار ثم سقط الحائط بعد ذلك وأتلف إنسانا كان هدرا وكذا لو أفاق المجنون وكذا إذا ردت عليه بعيب أو خيار شرط أو خيار رؤية لا يجب الضمان إلا بإشهاد مستقبل ولو كان بعض الحائط صحيحا وبعضه واه فأشهد عليه فسقط الواهي وغير الواهي وقتل إنسانا يضمن صاحب الحائط إلا أن يكون الحائط طويلا بحيث وهي بعضه ولم يوه البعض فحينئذ يضمن ما أصاب الواهي ولا يضمن ما أصابه الذي لم يوه لأنه إذا كان كذلك صار بمنزلة حائطين أحدهما صحيح والآخر مائل وأشهد عليهم فلم يسقط المائل وسقط الصحيح فيكون هدرا وفيه أيضا اللقيط له حائط مائل وأشهد عليه فسقط الحائط وأتلف إنسانا كان دية القتيل في بيت المال لأن ميراثه يكون لبيت المال وكذا الكافر إذا أسلم وإذا كان الرجل على حائط له والحائط مائل أو غير مائل وسقط الرجل بالحائط من غير فعله وأصاب إنسانا فقتله كان ضمان المتلف بالحائط إن كان أشهد عليه في نقضه ولا ضمان عليه فيما سواه وإن كان هو الذي سقط من أعلى الحائط على إنسان من غير أن يسقط به الحائط وقتل إنسانا كان هو ضامنا دية المقتول وإن مات الساقط من كان في الطريق فإن كان يمشي في الطريق فلا ضمان عليه لأنه غير متعد في المشي وإن كان واقفا في الطريق قائما أو قاعدا كانت دية الساقط عليه فيه قوله طولب بنقضه لأنه لو سقط وأتلف قبل أن يطالب بنقضه لا يضمن وفي شرح الطحاوي ولو أنكرت العاقلة أن يكون الدار له لا تعقل عليهم ولا يضمن حتى يشهدوا على التقدم عليه وعلى أنه مات من سقوط الحائط عليه وأن الدار له فإذا أنكرت العاقلة واحدا من هذه الأشياء الثلاثة فلا تعقل ولو أقر رب الدار بهذه الأشياء الثلاثة لزم في ماله ولا يجب على العاقلة وفي المنتقى رجل ادعى دارا في يد رجل وفيها حائط مائل يخاف سقوطه من الذي يتقدم إليه فيه ويشهد عليه بعد بينة المدعي قال يؤخذ الذي في يده الدار بنقضه ويشهد عليه فيه وهو بمنزلة دار ادعاها وأقام البينة ولم يزك البينة فإنه يتقدم بنقضه الذي في يده ثم زكيت البينة ضمن ما تقدم له القيمة م قال في الجامع الصغير أشهد عليه في حائط مائل له فذهب يطلب من يهدمه وكان في ذلك حتى سقط الحائط لا يضمن شيئا وفيه أيضا رجل أشهد عليه في حائط مائل إلى دار رجل فسأل صاحب الحائط المائل من القاضي أن يؤجله يومين أو ثلاثة أو ما أشبه ذلك ففعل القاضي ذلك ثم سقط الحائط وأتلف شيئا كان الضمان واجبا على صاحب الحائط ولو وجد التأجيل من صاحب الدار ووقع الحائط في مدة التأجيل وأفسد شيئا لا يجب الضمان ولو سقط الحائط بعد مدة التأجيل كان ضامنا وفيه أيضا رجل أشهد عليه في حائط مائل في الطريق الأعظم وطلب صاحب الحائط من القاضي أن يؤجله يوما أو يومين أو ثلاثة ففعل القاضي ذلك ثم سقط الحائط المائل فأتلف شيئا كان الضمان واجبا وكذلك في هذه المسئلة ولو لم يؤخره القاضي ولكن أخره الذي أشهد عليه لا يصح لا في حق غيره ولا في حق نفسه وفي نوادر ابن رستم مسجد مال حائطه فأشهد على الذي بناه فإن وقع ذلك على رجل فقتله فالدية على العاقلة ولو أشرع المكاتب كنيفا أو جناحا من حائط مائل إلى طريق المسلمين ثم أدى الكتابة وعتق ثم وقع ذلك على إنسان فقتله كان على المكاتب الأقل من دية المقتول ومن قيمته يوم الإشراع قال في الكتاب لو أن رجلا أعتقه مولاه لعتاقة رجل وأبوه عبد أشهد عليه في حائط مائل فلم ينقضه حتى عتق الأب ثم سقط الحائط وقتل إنسانا فديته على عاقلة الأب ولو سقط قبل عتق الأب فالدية على عاقلة الأم مثله ولو أشرع كنيفا ثم عتق أبوه ثم وقع الكنيف على إنسان فقتله فالدية على عاقلة الأم رجل أشهد عليه في حائط مائل فسقط في الطريق وعثر رجل بنقض الحائط ومات فديته على عاقلة صاحب الحائط وهذا قول محمد وفي شرح الطحاوي ولو أشهد على حائط فسقط فما سقط بنقضه فإنه يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ما تلف بالنقض لا يضمن إلا إذا أشهد على النقض ولو سقط الحائط على رجل فقتله أو عثر رجل بنقض الحائط ومات ثم عثر رجل بالقتيل فلا ضمان عليه ولا على عاقلة صاحب الحائط ولو كان مكان الحائط جناح أشرعه إلى الطريق ووقع على الطريق فعثر إنسان بنقضه فمات وعثر رجل آخر بالقتيل ومات فإن دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح حائط مائل لرجل أشهد عليه في الحائط ثم إن صاحب الحائط وضع جرة لغيره على الحائط فسقط الحائط ورميت الجرة

وأصابت انسانا فقتلته فديته على العاقلة فلو عثر بالحائط ولو عثر بالجرة أو بنقضها أحد فلا ضمان على أحد ولو باع الدار بعد الاشهاد عليه في الحائط ثم رد المشتري الدار بخيار رؤية أو خيار شرط أو خيار عيب بقضاء القاضي وفي الخانية أو بغيره ثم سقط الحائط على انسان وقتله فانه لا ضمان عليه وفي الخانية الاشهاد مستقبل بعد الرد ولو كان الخيار للبائع ثم سقط الحائط وأتلف شيأ كان ضامنا لان خيار البائع لا يبطل ولايته الاصلاح فلا يبطل الاشهاد ولو أسقط البائع خياره وأوجب البيع بطل الاشهاد لانه أزال الحائط عن ملكه وفي اخراج الكنيف والجناح والميزاب لا يبطل الضمان بشئ من هذه الاشياء وفي الكافي لا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه في الهدم فاذا أشهد على المشتري بعد شرائه فهو ضامن وفي شرح الطحاوي ولو مال الى سكة غير نافذة فالخصومة الى واحد من أهل السكة ولو مال الى دار جاره فالخصومة الى صاحب تلك الدار وان مستعيرا أو مستأجرا فالاشهاد الى السكان وليس الى غيرهم قال رحمه الله ﴿وان بناه مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب﴾ لانه تعدى بالبناء فصار كاشراع الجناح ووضع الحجر وحفر البئر في الطريق أطلق المؤلف في الميلان ولم يفرق بين يسيره وفاحشه وفي المنتقى ان كان يسيرا وقت البناء لا يضمن لان الجدار لا يخلو عن يسير الميلان وان كان فاحشا يضمن وان كان لم يتقدم أحد يطلب منه النقض ولو شغل الطريق بان أخرج جذعا فبهذا وعلى التفصيل ومن المشايخ من لا يفصل في الجذع ولا في الميلان وفي المنتقى قال محمد حائط مائل تقدم الى صاحبه فيه فلم يهدمه حتى ألقته الريح فهو ضامن وليس هذا كحجر وضعه انسان على الطريق وقلبته الريح من موضع الى موضع فعثر به انسان فانه لا يضمن واذا أقرت العاقلة ان الدار له ضمنوا الدية كما لو أقر بجناية خطأ وصدقته العاقلة في ذلك وكذلك الجناح والميزاب يشرعه الرجل من داره في الطريق فوقع على انسان ومات وأنكرت العاقلة أن تكون الدار له وقالوا انما أمر رب الدار باخراج الجناح فلا ضمان عليهم الا ان تقام البينة ان الدار له وذلك لان اخراج الجناح من الدار التي في يده انما يوجب الضمان على العاقلة اذا أخرجه من داره الى الطريق لا بالبينة ولا باقرار العاقلة كان أقر رب الدار ان الدار له وكذبته العاقلة لا يعقل وفي قاضيخان رجل تقدم اليه في حائط مائل له فلم ينقضه حتى وقع على حائط جاره وهدمه فهو ضامن لحائط الجار ويكون رب الحائط بالخيار ان شاء ضمنه قيمة حائطه والنقض له وان شاء أخذ النقض وضمنه النقصان ولو أراد أن يجبره على البناء كما كان ليس له ذلك وفي الكافي وما تلف بوقوع الاول والثاني فعلى مالك الاول ولم يذكر محمد رحمه الله قيمة الحائط حكي عن الشيخ الامام شمس الأئمة الحلواني قال تقوم الدار وحيطانها محيطة بها وكذلك قال في المنتقى أرسل دابته في زرع غيره وأفسد ضمن قيمة الزرع وطريق معرفة قيمته ان تقوم الارض مع الزرع الذاهب فيضمن حصة الزرع واذا ضمن قيمة حائطه كان النقض للضامن فلو جاء انسان وعثر بنقض الحائط فالضمان على عاقلة المقدم عليه وهذا على قول محمد وان عثر بنقض الحائط الثاني قيل يضمن صاحب الحائط الاول ولو أن الحائط الاول حين وقع على الحائط الثاني وهدمه وقع الحائط الثاني على رجل وقتله لا ضمان على صاحب الحائط الثاني وانما الضمان على عاقلة صاحب الحائط الاول قال رحمه الله ﴿وان مال الى دار رجل فالطلب الى ربها﴾ لان الحق له على الخصوص واذا كان يسكنها غيره كان له ان يطالبه لان له المطالبة بازالة ما شغل هواها قال رحمه الله ﴿فان أجله أو أبرأه صح﴾ بخلاف الطريق ان أجله صاحب الدار أو أبرأه جاز تأجيله وابراؤه حتى لو سقط في الابراء وقبل مضي المدة في التأجيل لا يضمن لان الحق له على ما ذكرناه بخلاف ما اذا مال الى الطريق العام فاجله القاضي أو من أشهد عليه أو أبرأه لا يصح التأجيل والابراء لما ذكرنا وقوله الى دار رجل مثال وليس بقيد حتى لو مال العلو الى الاسفل أو الاسفل الى العلو فالحكم كذلك كذا في قاضيخان قال رحمه الله ﴿حائط بين خمسة أشهد على أحدهم وسقط على رجل ضمن خمس الدية دار بين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئرا أو بنى حائطا فعطب به رجل ضمن ثلثي الدية﴾ وهذا عند الامام وقالا يضمن النصف في الصورتين لان التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر وفي الحفر باعتبار ملكه غير متعد وباعتبار ملك شريكه متعد وكانا قسمين فانقسم نصفين عليهما وللامام ان الموت حصل بعلة واحدة وهي القتل فيضاف التلف الى العلة الواحدة ثم يقسم على أربابها بقدر الملك فان قيل الواحد من الشركاء لا يقدر ان يهدم شيأ من الحائط فكيف يصح تقدمه اليه قلنا ان لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بالمرافعة الى الحاكم وبه يحصل الغرض وهو ازالة الضرر وفي المحيط قال يقدر على هدم نصيبه بحكم الحاكم ومطالبة الباقين بالنقض فيكون قادرا على النقض بهذا الطريق ولم يذكر الفرق للامام بين المسئلتين حيث

يضمن خمس الدية في الحائط ويضمن ثلثي الدية فيما إذا حفر وبنى في دار والفرق بينهما أن كل حفر وضعه أو حفره فهو متعد في ثلثي الوضع والحفر وليس متعديا في الثلث وإنما يضمن الثلثين وقوله حائط بين خمسة ودار بين ثلاثة مثال وليس بقيد وفي الظهيرية والحائط إذا كان مشتركا بين اثنين فأشهد على أحدهما فهو بمنزلة ما لو أشهد على أحد الورثة وفي المنتقى رجل مات وترك دارا وعليه من الدين ما يستغرق قيمتها وفيها حائط مائل إلى الطريق ولا وارث للميت غير هذا الابن فالتقدم في حائطه إليه وإن كان لا يملكها فإن وقع التقدم بعد التقدم إليه كانت الدية على عاقلة الابن دون عاقلة الأب فإن كان الحائط المائل بين خمسة نفر أخماسا وتقدم إلى أحدهم بالنقض ثم سقط على إنسان فديته على المتقدم إليه خمس الدية وتجب على عاقلته ويهدر أربعة أخماس وهو حصة شركائه وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد إن الشريك الحاضر المتقدم إليه يضمن نصف الدية فيجب ذلك على عاقلته ويهدر النصف ذكر المسألة في الجامع الصغير على هذا الوجه وذكر هذه المسألة في الأصل ولم يذكر فيها خلافا قال في الجامع الصغير أيضا إذا كانت الدار بين ثلاثة نفر حفر أحدهم في هذه الدار المشتركة بئرا ووقع فيها إنسان ومات قال على عاقلة الحافر عند أبي حنيفة ثلث دية المقتول وعلى قول أبي يوسف ومحمد يجب على الحافر نصف الدية وهذه المسألة مذكورة في الأصل من غير خلاف والخلاف في هاتين المسألتين من خصائص الجامع الصغير وفي السغناقي وإذا وضع الرجل على حائطه شيئا فوقع ذلك الشيء فأصاب إنسانا فلا ضمان عليه فيه لأنه وضعه على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل وفي المنتقى ولو أن رجلا بنى حائطا لاثنين رجلين أثلاثا تقدم إلى صاحب الثلث فيه ثم سقط على رجل وقتله صرعا فعليه ثلث الدية بلا خلاف وهو بمنزلة حمار حمل عليه إنسان عشرة أقفزة وحمل الآخر عليه خمسة أقفزة وكل ذلك بغير إذن المولى فمات الحمار من ذلك تجب القيمة أثلاثا وهو بمنزلة رجل أخذ بيمين إنسان وأخذ آخر بيسه الآخر فمات المأخوذ من ذلك وهناك يجب الضمان كذا هنا هذا إذا وقع الحائط على حر ولو وقع الحائط على عبد إن قتله فضمان قيمته عليهما أثلاثا وإن جرحه الحائط ومات العبد من الجراحة فالجراحة عليهما أثلاثا والنفس عليهما نصفين فإن جرحه الحائط ثم مات من الغم والجراحة فإن الجراحة عليهما أثلاثا نصف ما بقي من النفس وهو حصة الغم بينهما أثلاثا أيضا والنصف الآخر وهو حصة الجراحة بينهما نصفين عن أبي حنيفة في حائط مائل لرجلين أشهد عليهما وحائط مائل لرجل أشهد عليه سقطا على إنسان فقتلاه فنصف الدية على الرجل الذي له الحائط ونصف الدية على رجلين وروى الحسن بن زياد ٧ فسقطا على الرجلين فماتا فالدية عليهما نصفان وقال أبو يوسف ومحمد إن مات من جرح يجرحه الحائط فالدية عليهم أثلاثا وإن مات من ثقلهما فالدية عليهما نصفين ولا يضمن إذا لم يكن متعديا فأما إذا وضع في ملكه عرضا حتى خرج طرف منه إلى الطريق ثم سقط فأصاب الطرف الخارج منه شيئا فإنه يضمن وكان الجواب فيه كالجواب في إخراج الميزاب وكذلك لو كان الحائط مائلا وكان يمكن وضع الجذع عليه طولا حتى لم يخرج شيء منه إلى الطريق ثم سقط ذلك الجذع على إنسان ومات فإنه لا يضمن هكذا ذكر في الكتاب وأطلق الجواب إطلاقا ومن مشايخنا من قال هذا إذا كان الحائط مائلا إلى الطريق ميلا يسيرا غير فاحش فأما إذا مال ميلا فاحشا فإنه يضمن وذلك لأن الميلان إذا كان غير فاحش بحيث يوجد ذلك القدر وقت البناء يكون وجوده وعدمه بمنزلة لأن الجدار قلما يخلو عن قليل ميلان يكون له إلى الطريق فأما إذا كان ميلا فاحشا بحيث يعتبر به عند العلماء في الأصل فإنه يضمن إذا سقط ذلك على إنسان إن لم يتقدم إليه بالرفع لأنه متى وضع الجذع طولا على الحائط المائل فيصير كما لو شغل الهواء بغير واسطة ولو شغل هواء الطريق بواسطة بأن أخرج الجذع عن الحائط فسقط فأصاب إنسانا. كذا هنا ومنهم من قال الجواب فيه كما أطلقه محمد لا يضمن في الحالين ولو كان الوضع بعدما تقدم إليه في الحائط ثم سقط الجذع فأصاب إنسانا يقول بأنه يضمن كذا في المنتقى والله تعالى أعلم

﴿باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك﴾

لما فرغ رحمه الله تعالى من بيان أحكام جناية الإنسان شرع في بيان جناية البهيمة ولا شك في تقدم جناية الإنسان على البهيمة كذا في النهاية ويرد عليه أنه لم يفرغ من بيان جناية الإنسان مطلقا بل بقي منها جناية المملوك ولا شك أنه من الإنسان فيقدم على البهيمة وكان من حقه أن يقدم على جناية البهيمة كذا في غاية البيان قال رحمه الله ﴿ضمن الراكب ما أوطأت دابته بيد

ورجل أو رأس أو كدمت أو خبطت أو صدمت لا ما نفحت برجل أو ذنب إلا إذا أوقفها في الطريق﴾ والأصل في هذا الباب أن المرور في طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لأنه تصرف في حقه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس إذ الإباحة مقيدة بالسلامة والاحتراز عن الإيطاء والكدم والصدم والخبط ممكن لأنه ليس من ضرورة السير وقيدناه بشرط السلامة وفي العيني على الهداية الكدم بمقدم الأسنان والخبط باليد والصدم هو أن يضرب الشيء بجسده ولا يمكن الاحتراز عن النفحة أيضا لأنه لا يمكن الاحتراز عن الإيقاف وهو المراد بقوله إلا إذا أوقفها في الطريق أطلق فيما ذكره وهو مقيد بأن يكون في غير ملكه أما إذا كان في ملكه لا يضمن إلا في الإيطاء وهو راكبها لأنه قتل منه مباشرة حتى يحرم به عن الميراث وتجب عليه الكفارة بشرط التعدي فصار كحفر البئر وفي المباشرة لا يشترط ذلك وإن كان ذلك في ملك غيره فإن كان غير متسبب فيه بإذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه فإن كان بغير إذن مالكه فإن دخلت الدابة من غير أن يدخلها مالكها ولم يكن معها لم يضمن شيئا فإن أدخلها فهو ضامن الجميع سواء كان معها أو لم يكن معها لوجود التعدي بالإدخال في ملك الغير والملك المشترك كملكه الخاص به فيما ذكرنا من الأحكام والمسجد كالطريق فيما ذكرناه من الأحكام ولو جعل الإمام موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد لا ضمان فيما يحدث من الوقوف فيه وكذا إيقاف الدواب في سوق الدواب لأنه مأذون فيه من جهة السلطان وكذا إذا أوقفها في طريق متسعة لا يضر وقوفها بالناس ولا يحتاج فيه إلى إذن الإمام بخلاف ما إذا كانت غير متسعة وفي الخلاصة دابة مربوطة في غير ملكه فإن ذهب وحل الرباط فقد زالت الجناية فما عطب به من ذلك فهو هدر ولو جالت الدابة في رباطها فما أصابت شيئا وأتلفته فهو مضمون سواء ضربت بيدها أو برجلها أو برأسها فلو ربطها في مكان وذهب إلى مكان آخر فما أصابت في ذلك المكان فهو هدر ووضعها أيضا الراكب إذا كانت الدابة تسير به فنخسها رجل فألقت الراكب إن كان الراكب أذن له في النخس لا يجب على الناخس شيء وإن كان بغير إذنه ضمن الدية وإن ضربت الناخس فمات فدمه هدر وإن أصابت رجلا آخر بالذنب أو الرجل أو كيفما أصابت إن كان بغير إذن الراكب فالضمان على الناخس وإن كان بإذنه فالضمان عليهما إلا في النفحة بالرجل أو الذنب فإنه جبار إلا إذا كان الراكب واقفا بغير ملكه فأمر رجلا فنخسها فنفحت برجلها فالضمان عليهما وإن كان بغير إذنه فالضمان على الناخس ولا كفارة عليه فيما نفحت برجلها قال عامة الشراح نفحت الدابة إذا ضربت بحافرها قال في النهاية ومثل هذا في الصحاح والمغرب واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية أقول كون المذكور في الصحاح كذلك ممنوع إذا لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحافر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها ثم أقول بقي إشكال في عبارة الكتاب وهو أن الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة وما ذكره الشراح ههنا أن لا تكون النفحة إلا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله ولا يضمن بالنفحة ما نفحت برجلها أو ذنبها لأنه يقتضي أن تكون النفحة بالذنب أيضا بل يلزم أيضا استدراك قوله برجلها لأن الضرب بالرجل كان داخلا في مفهوم النفحة لا يقال ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجديد لأنا نقول اعتبار التأكيد والتجديد معا بالنظر إلى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتنافي بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكورة في عبارة الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا إشكال فتأمل قال رحمه الله ﴿وإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأت عينا لم يضمن ولو كبيرا ضمن﴾ لأن التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر لأن سير الدابة لا يخلو عنه وعن الكبار من الحجارة ممكن وإنما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب فيضمن وفي الذخيرة قيل لو عنف الدابة فأثارت حجرا صغيرا أو كبيرا يضمن وفي الظهيرية لو أوقف دابة في طريق المسلمين ولم يربطها فسارت إلى مكان آخر وأتلفت شيئا فلا ضمان على صاحبها كذا في الكبرى وكل بهيمة من سبع أو غيره فهو ضامن ما لم يتغير عن حاله وإذا سار الرجل على دابته في الطريق فضربها وكبحها باللجام فضربت برجلها أو بذنبها لم يكن عليه شيء وفي السغناقي ومن هذا الجنس ما قالوا فيمن ساق دابة عليها وقر من الحنطة فتلفت شيئا من الطريق بها أو ما لا فهو على وجوه أما إن قال السائق أو القائد أو الراكب إليك فإن سمع هذه المقالة ولم يذهب فهو على وجهين أما إن لم يبرح من مكانه مع القدرة على المكان أو لم يجد مكانا آخر ليذهب فمكث في مكانه ذلك حتى تحرق ثيابه ففي هذا الوجه الأول لا يضمن صاحب الدابة وفي الوجه الثاني يضمن وإن لم يقل إليك راكب الدابة ضمن وفي الفتاوى رجل ساق حمارا عليه وقر حطب فقال السائق بالفارسية ﴿كوسيت أديرنة﴾ فلم يسمع الواقف حتى أصابه

الحطب فخرق ثوبه أو سمع لكن لم يتهيأ له أن يتنحى عن الطريق لقصر المدة ضمن وإن سمع وتهيأ ولم ينتقل لا يضمن ونظير هذا
من أقام حمارا على الطريق وعليه ثياب فجاء راكب ٧ وكرشلا وخرق الثياب إن كان الراكب يبصر الحمار ٧ وأرسون
يضمن وإن لم يبصر ينبغي أن لا يضمنوا الثياب على الطريق فجعل الناس يمرون عليه وهم لا يبصرون لا يضمن وكذا رجل
جلس على الطريق فوقع عليه إنسان فلم يرده فمات الجالس لا يضمن ثم الذي ساق الحمار إذا كان لا ينادي بارسه أي اوشتي
تعلق الحطب بثوب رجل فتخرق يضمن إن مشى الحمار إلى صاحب الثوب وإن مشى إلى الحمار وهو يراه أو لم يتباعد عليه لا يضمن
ولو وثب من نخسه على رجل فقتله أو وطئت رجلا فقتلته فالضمان على الناخس دون الراكب وفي الكافي فديته على عاقلة الناخس
كذا في الذخيرة قال رحمه الله ﴿فإن راثت أو بالت في الطريق لم يضمن ما عطب به إن أوقفها لذلك وإن أوقفها لغيره ضمن﴾
لأن سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما إذا راثت أو بالت وهي تسير وكذا إذا أوقفها
لذلك لأن من الدواب من لا يفعل ذلك إلا واقفا وهو المراد بقوله وإن أوقفها لغيره فبالت أو راثت فعطب به إنسان ضمن لأنه متعد
في الإيقاف إذ هو ليس من ضرورات السير وهو أكثر ضررا بالمارة من السير لكونه أدوم منه فلا يلحق به وهو المراد بقوله وإن
أوقفها لذلك وإن أوقفها لغيره ضمن وفي المنتقى رجل واقف على دابته في الطريق فأمر رجلا أن ينخس دابته فنخسها فقتلت
رجلا فدية الرجل الأجنبي على الناخس والراكب جميعا ودم الآمر بالنخس هدر ولو سارت عن موضعها ثم نفحت من فور
النخس فالضمان على الناخس دون الراكب ولو لم تسر ونفحت الناخس ورجلا آخر وقتلتهما فدية الأجنبي على الناخس
والراكب ونصف دية الناخس على الراكب ولو لم يوقفها الراكب على الطريق ولكن حرنت فوقفت فنخسها هو وغيره للتسيير
فنفحت إنسانا فلا شيء عليهما وفيه أيضا رجل اكترى من آخر دابة ليذهب عليها في حاجة له فاتبعه صاحبها إذ له أن يسوقها دون وقف
الراكب في الطريق على أهل مجلس فحرنت فنخسها صاحب الدابة أو ضربها أو ساقها فنفحت الدابة وهي واقفة فقتلت إنسانا
فالضمان على الراكب والسائق جميعا وفيه أيضا صبي ركب دابة بأمر أبيه ثم إن الصبي الراكب أمر صبيا فنخسها فالقول فيه إذا
كان مأذونا كالقول في الكبير وإن كان لم يؤذن له في ذلك فأمر صبيا حتى نخسها فسارت ونفحت من النخسة فعلى الناخس
الضمان ولا شيء على الراكب وإن أمر بذلك ووطئت إنسانا فقتله وكان سيرها من النخسة فالدية على عاقلة الناخس ولا يرجعون
بذلك على عاقلة الراكب وفيه أيضا رجل ركب دابة رجل قد أوقفها ربها في الطريق وربطها وغاب فأمر رب الدابة رجلا حتى نخسها
فنفحت رجلا أو نفحت الآمر فديته على الناخس وإن كان الآمر أوقفها في الطريق ثم أمر رجلا حتى نخسها فقتلت رجلا فالدية
على الآمر والناخس نصفين رجل أذن رجلا أن يدخل داره وهو راكب فدخلها راكبا فوطئت دابته على شيء كان ضامنا له
وإن كان سائقا أو قائدا فلا ضمان أدخل بعيرا أو رجله فوقع عليه المتعلم وقتله فقد اختلف المشايخ فمنهم من قال لا ضمان على صاحب
المتعلم وقال بعضهم إن أدخل صاحب المتعلم بعيره دار صاحب الدار فعليه الضمان وإن كان دخلها بإذنه فلا ضمان وبه أخذ الفقيه
أبو الليث وعليه الفتوى وفي فتاوى الخلاصة ولو كان البعير غير متعلم فحكمه حكم متعلم وفي الفتاوى ربط حماره في أرضه فأكل
علفا فجاء حمار رجل فعقره فجاء به معيوبا عيبا فاحشا قال لا يرجع بنقصان العيب على صاحب الحمار قلت قال القاضي بديع الدين
إن كان صاحبه معه يضمن وإلا فلا يضمن قال رحمه الله ﴿وما ضمنه الراكب ضمن السائق والقائد﴾ أي كل شيء يضمنه الراكب
يضمنان لأنهما متسببان كالراكب في غير الإيطاء فيجب عليهما الضمان بالتعدي فيه كالراكب وقوله وما ضمنه الراكب ضمنه السائق
والقائد يطرد ولا ينعكس في الصحيح وذكر القدوري أن السائق يضمن النفحة بالرجل لأنه بمرأى عينيه فيمكنه الاحتراز عنها مع
السير وغائبة عن نظر الراكب والقائد فلا يمكنهما الاحتراز عنها بخلاف الكدم والصدم وقال الشافعي رحمه الله يضمنون كلهم
النفحة والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل قال رحمه الله ﴿وعلى الراكب الكفارة
لا عليهما﴾ أي لا على السائق والقائد ومراده في الإيطاء لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقل دابته تبع فإن سير الدابة
مضاف إليه وهي آلة وهما متسببان لأنه لا يتصل منهما شيء بالمحل وكذلك الراكب في غير الإيطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم
التسبب وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشر ولو كان سائق
وراكب قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه كما ذكرنا والسائق متسبب والإضافة إلى المباشرة أولى وقيل

الضمان عليه مالان كل ذلك سبب الضمان ألا ترى ان محمدا رحمه الله ذكر في الاصل ان الراكب اذا أمر انسانا فنخس الدابة ووطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان والناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا انهما متساويان والصحيح الاول لما ذكرنا والجواب عما ذكر في الاصل ان المسبب انما يضمن مع المباشرة اذا كان السبب شيأ لا يعمل بانفراده في الاتلاف كالحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل شيأ بدون الالقاء وأما اذا كان السبب يعمل بانفراده في الاتلاف فيشتركان وهذا منه وفي الاصل يقول رجل قاد قطارا من الابل في طريق المسلمين فما وطئ أول القطار وآخره مالا أو رجلا فقتله فالقائد ضامن ولا كفارة وان كان معه سائق يسوق الابل الا أنه تارة يتقدم وتارة يتأخر فهما يشتركان في الضمان وان كان معهما ثالث يسوق الابل وسط القطار فما أصاب مما خلف هذا الذي في وسط القطار أو مما قدامه فضمان ذلك عليهم أثلاثا بريد به اذا كان هذا الذي يمشي في وسط القطار ولا يمشي في جانب من القطار ولا يأخذ بزمام بعير يقود ما خلفه لانه سائق لوسط القطار فيكون سائقا للكل بحكم اتصال الازمة فأما اذا كان الذي في وسط القطار آخذا بزمام يقود ما خلفه ولا يسوق ما قدامه فما أصاب مما خلف هذا الذي في هذا القطار فضمان ذلك على القائد الاول ولا شيء فيه على هذا الذي في وسط القطار لانه ليس بقائد لما قدامه ولا سائق حتى لو كان سائقا له يشارك الاول في الضمان كذا في المغني وفي الينابيع وان كان السائق في وسط القطار فما أصاب من خلفه أو بين يديه فهو عليهما وان كانوا ثلاثة نفر أحدهم في مقدم القطار والآخر في مؤخر القطار والثالث في وسط القطار فان كان الذي في الوسط والمؤخر يسوقان والمقدم يقود القطار فما عطب بما أمام الذي في الوسط فذلك كله على القائد وما عطب بما هو خلفه فهو كله على القائد ولا شيء على المؤخر الا أن يكون سائقا وان كانوا يسوقون فالضمان عليهم جميعا كذا في السغناقي ولو كان الرجل راكبا وسط القطار على بعيره ولا يسوق منها شيأ لم يضمن ما تعيب الابل التي بين يديه لانه ليس بسائق لما بين يديه وهو معهم في الضمان مما أصاب البعير الذي هو عليه أو ما خلفه وقال بعض المتأخرين هذا الذي ذكر اذا كان زمام ما خلفه بيده يقوده وأما اذا كان نائما على بعيره أو قاعدا فلا ضمان عليه في ذلك فهو في حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على البعير الظهير به ولو أن رجلا يقود قطارا وآخر من خلف القطار يسوقه وعلى الابل قوم في المحامل نيام أو غير نيام فوطئ بعير منها انسانا فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكبين الذين قدام البعير على عواقلهم على عدد رؤسهم والكفارة على راكب البعير الذي وطئ خاصة لانه بمنزلة المباشر قال في المنتقى اذا قاد الرجل قطارا وخلفه سائق وأمامه راكب فوطئ الراكب انسانا فالدية عليهم أثلاثا وكذلك اذا وطئ بعير مما خلف الراكب انسانا وان كان وطئ بعير امام فهو على القائد والسائق نصفين ولا شيء على الراكب وذكر في المنتقى مسئلة القطار بعد هذا في صورة أخرى وأوجب الضمان على القائد وعلى من كان قدام البعير الذي أوطأ من الركبان قال وليس على من خلفه من الركبان شيء الا أن يكون انسانا مؤخرا ويسوق فيكون عليه وعلى السائق الذي خلفه يشتركون جميعا فيه الخانية رجل يقود دابة فسقط شيء مما يحمل على الابل على انسان أو سقط سرج الدابة أو لجامها على انسان فقتله أو سقط ذلك في الطريق فعثر به انسان ومات يضمن القائد وان كان معه سائق كان الضمان عليهما القاضي وسئل أيضا عن صاحب زرع سلم الحمار الى المزارع فربط الدابة عليه وشد الحمار في الدالية بأمره فانقطع خيط من خيوطها فوقع الحمار في حفرة الدالية فعطب الحمار هل يجب الضمان على المزارع فقال لا قال محمد في الجامع الصغير رجل قاد قطارا في طريق المسلمين فجاء رجل بعد بعير فربطه بالقطار ولم يعلم به فأصاب ذلك البعير انسانا فضمانه على القائد دون الرابط وان كان كل منهما سببا للاتلاف فهل يرجع على عاقلة الرابط قال لا يرجع وان لم يعلم ولم يفصل محمد في الجامع الصغير بين ما اذا ربط البعير بالقطار والقطار يسير وفي بعض كتب النوادر ان القطار ان كان لا يسير حالة الربط فقاده القائد بعد الربط لا يرجع القائد على عاقلة الرابط علم القائد بربطه أو لم يعلم فان كان القطار يسير حالة الربط فالقائد يرجع على عاقلة الرابط اذا لم يعلم بربطه وفي المنتقى واذا سار الرجل على دابة وخلفه رديف وسائق الدابة سائق وأمامها قائد فوطئت انسانا فالدية عليهم أرباعا وعلى الراكب والرديف الكفارة واذا سار الرجل على دابته في الطريق فعثرت بحجر وضعه رجل أو بدكان بناه رجل أو بماء صبه رجل فوقعت على انسان وأتلفته فالضمان على الذي وضع الحجر وبنى الدكان وصب الماء لانه مسبب الاتلاف وهو متعد في هذا السبب ولا ضمان على الراكب وفي الكفارة اذا أرسل كلبا أو دابة أو طيرا فأصاب في فوره شيأ ضمن في الدابة دون الكلب والطير وفي الصغرى الطحاوي عن أبي يوسف انه يضمن الكل كذا في الجامع الصغير قال رحمه الله ﴿ولو اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل دية الآخر﴾ وقال زفر والشافعي

[illegible] على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وروي ذلك عن علي رضي الله عنه لأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيهدر نصفه [illegible] كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه أو حفرا على قارعة الطريق [illegible] فيجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن فعل كل واحد منهما مباح في نفسه لأن [illegible] كالمشي في الطريق ولا معتبر في حق الضمان بالنسبة إلى نفسه لأنه مباح مطلقا في حق نفسه ولو اعتبر ذلك لوجب [illegible] في الطريق ولأنه لا معتبر [illegible] كما هوي في البئر وفعل صاحبه وإن كان مباحا لكنه مقيد [illegible] في حق غيره فيكون سببا للضمان عند وجود التلف به وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما فتعارضت روايتان فرجحنا ما ذكرنا وحمل ما يروى عنه أنه أوجب كل الدية على الحال وفيما بينهما وأما [illegible] في الاصطدام وجرح كل منهما نفسه وصاحبه وحفر البئر في الطريق فعلى كل واحد محظور مطلقا فيعتبر في حق نفسه [illegible] فيكون [illegible] هذا الحكم الذي ذكرناه في العمد والخطأ في الحرين ولو كانا عبدين هدر الدم لأن المولى فيه غير مختار [illegible] ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كاملة في الخطأ ونصفها في العمد فيأخذها ورثة الحر المقتول [illegible] لعدم الخلف وهذا عند أبي حنيفة ومحمد لأن قيمة العبد المقتول يجب على العاقلة على أصلهما لأنه ضمان الآدمي [illegible] رجلان حبلا فقطع الحبل فسقطا أو ماتا [illegible] فعلى العاقلة [illegible] لأن كل واحد منهما مات بقوة نفسه [illegible] وجب على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وإن قطع إنسان الحبل بينهما فوقع كل واحد منهما على القفا فديتهما على عاقلة القاطع كذا في [illegible] وقد [illegible] من هذا عند قوله ولو ضرب بطن امرأة [illegible] قال في النهاية وفي [illegible] الفارسين في الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان [illegible] فائدة في الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط سوى أن موت المصطدمين في الغالب إنما يكون في الفارسين اهـ وقال في الغاية آخذا من النهاية حكم [illegible] حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين بالباقي الفارسين خصهما بالذكر اهـ وقال في معراج الدراية وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقي أو بحسب الغالب اهـ و [illegible] الشارح العيني أقول عجب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون [illegible] الفارسين بيانا لأن الباب الذي عرفه باب جناية البهيمة والجناية عليها أولا [illegible] اصطدام الماشيين [illegible] من ذلك في شيء [illegible] فكان خارجا عن [illegible] هذا الباب رجل وجد في زرعه أو [illegible] فطرد [illegible] فأراد أن يدخلهما [illegible] واحد [illegible] ولم يقدر عليه [illegible] صاحبه [illegible] قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل إن كان [illegible] ضمن صاحبه وإن كان [illegible] أن يرد [illegible] لم يقدر [illegible] قال إن كان ذلك بالنهار وإن كان أمر أهل القرية كان [illegible] فإن ترك الإشهاد مع القدرة عليه [illegible] لم يقدر [illegible] يكون عذرا وإن كان لأهل القرية [illegible] يكون ضامنا وقال القاضي على السعدي وإن وجد في زرعه [illegible] لأن يكون ضامنا فإذا ساق زاد وراء ذلك القدر صار غاصبا [illegible] والصحيح [illegible] الفقيه على [illegible] عبدان المتفاوض كل واحد عبدا فاصطرا [illegible] كل واحد منهما الآخر ولا تراجعان بشيء سوى ذلك لأن كل واحد منهما مالك عبده من صاحبه ولا يفيد التراجع لأنه لو رجع أحدهما رجع الآخر لأن حق كل واحد منهما [illegible] كما [illegible] أحدهما من صاحبه فذلك بذل الآخر [illegible] الرجوع وإن اختار الفداء فدى كل واحد بجميع أرش جنايته لأنهما المباشر [illegible] كل واحد منهما على عبد صحيح فتعلق حق كل واحد من المولين بعبد صحيح فيجب بدل عبد صحيح [illegible] أحدهما بالبصر به حر المولى مولى البادئ لأن البداية من مولى اللاحق لأنه [illegible] لأن حق اللاحق في عبد صحيح كامل الرقبة فإذا دفع إلى البادئ [illegible] كان للاحق أن [illegible] قال عندك [illegible] وهو صحيح [illegible] إذ عبد [illegible] تلك السحبة فيكون [illegible] من مولى البادئ بالدفع [illegible] لأن حق البادئ [illegible] في عبد مشجوج [illegible] مشجوجا لا يكون له [illegible] كان دفعه [illegible] ولا معنى للدافع لأنه لو رجع البادئ بشيء كان [illegible] أن يرجع عليه [illegible] لأن حقه في رقبة عبد صحيح فلا يفيد رجوع البادئ وإن [illegible] مولى اللاحق [illegible] لأنه [illegible] البادئ [illegible] الجناية [illegible] فإن مات البادئ كانت قيمته في [illegible]

يدفع بها أو الفداء فإن فداه بقيمة الميت رجع في تلك القيمة بأرش جراحة عبده لأن بالفداء طهر عبد اللاحق عن الجناية وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه البادئ والبادئ وإن مات فالقيمة قامت مقامه لأنه حق قائم مقامه وإن دفعه رجع بأرش شجة عبده في عنقه ويخير المدفوع إليه بين الدفع والفداء لأن المدفوع قام مقام الميت الشاج وإن مات العبد القاتل خير مولى العبد البادئ وإن فداه أو دفع بطل حقه في شجة عبده لأنه حين شج اللاحق البادئ كان اللاحق مشجوجا فثبت حق مولى البادئ في عبد مشجوج فثبت حقه فيما وراء الشجة فات لا إلى خلف لما مات العبد القاتل فبطل حق مولى البادئ في شجة عبده ولو مات البادئ من شيء آخر سوى الجناية وبقي اللاحق خير مولى البادئ ويقال له إن شئت فاعف عن مولى اللاحق ولا سبيل لواحد منهما على الآخر وإن شئت ادفع أرش شجة اللاحق وطالبه بحقك وإن دفع إلى صاحبه أرش عبده يرجع بأرش جناية عبده فيدفع مولى اللاحق عبده بها أو يفديه أما المفهوم فلأن مولى البادئ بجنايته إذا دفع كان لمولى اللاحق أن يطالبه بأرش شجة عبده وكان لمولى البادئ أن يدفع إليه العبد المدفوع ثانيا إليه عن حقه فلا يفيده الدفع وإنما دفع أرش شجة اللاحق لأنه بنى دفع أرش عبد اللاحق فقد طهر البادئ عن الجناية وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه العبد اللاحق فيخاطب مولى اللاحق بالدفع والفداء وإن ذلك اختار لا يبقى لواحد منهما على صاحبه سبيل لأنه وصل إلى كل واحد منهما حقه وإن أبى مولى البادئ أن يدفع الأرش فلا شيء له في عنق الآخر فإن مولى البادئ كان مخيرا بين العفو وبين دفع الأرش والمطالبة بشجة لعبده فإذا امتنع من دفع الأرش صار مختارا للعفو وصار كأنه قال عفوت لك عن حقي فيبطل حقه ولو مات اللاحق وبقي البادئ خير مولاه فإن دفعه بطل حقه وإن فداه بأرش عبده في الفداء لأن البادئ طاهر عن الجناية لفداء أحدهما عن جناية نصف العبد ولا يزداد حقه فكذا هذا قال رحمه الله ﴿ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن﴾ يعني إذا ساق دابة ولها سرج فوقع السرج على رجل وقتله ضمن عاقلته الدية وقد قدمناها مفروعا قال رحمه الله ﴿وإن قاد قطارا فوطئ بعير إنسانا ضمن عاقلة القائد الدية﴾ لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بلفظ التعدي سبب للضمان غير أن ضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه في ماله رجل له مزرعة فأكلها جمل غيره فأخذه وحبسه في الإصطبل ثم وجد الجمل مكسور الرجل كيف الحكم فيهما في ذلك قيل إن لم يكسر رجله في حبسه قالوا لا ضمان عليه وقد قالوا الضمان عليه ما لم يسلمه إلى صاحبه والرأي فيه إلى القاضي قال رحمه الله ﴿وإن كان معه سائق فعليهما﴾ أي إذا كان مع القائد سائق تجب على عاقلتهما الضمان لاستوائهما في التسبب لأن قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة أما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما أصابه فيجب عليه وعلى القائد غرم ما أصابه بالإيطاء فإن ذلك ضمانه على الراكب وحده لأنه جعل فيه مباشرا حتى جرت عليه أحكام المباشرة على ما بيناه قال رحمه الله ﴿وإن ربط بعيرا على قطار رجع على عاقلة القائد بدية ما تلف به على عاقلة الرابط﴾ أي إذا ربط رجل بعيرا على قطار والقائد لذلك القطار لا يعلم فوطئ البعير المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد ديته لأنه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط غيره به فإذا ترك صيانته صار متعديا بالتقصير وهو متسبب وفيه الدية على العاقلة كما في قتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم فيه وإنما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء مع أن كل واحد منهما متسبب لأن القود بمنزلة المباشرة بالنسبة إلى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب فيه الضمان وحده ثم يرجع به عليه قالوا هذا إذا ربط والقطار يسير لأن الرابط أمر بالقود دلالة وإذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن بجهله لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق الإتلاف منه وإنما ينفي الإثم فيكون قرار الضمان على الرابط وأما إذا ربط والإبل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لأن القائد رضي بذلك والتلف به اتصل بفعله ولا يرجع به وهو القياس فيما إذا لم يعلم لأن الجهل لا ينافي التسبب ولا الضمان إلا أنا استحسنا الرجوع لما ذكرنا وفي الجامع الصغير رجل قاد قطارا في طريق المسلمين فجاء بعير آخر وربطه والقائد لا يعلم به أو علم فأصاب ذلك البعير إنسانا فضمانه على القائد دون الرابط وإن كان كل واحد منهما متسببا للإتلاف وهل يرجع على عاقلة الرابط إن علم لا يرجع وإن لم يعلم يرجع ولم يفصل محمد رحمه الله في الجامع الصغير بين ما إذا ربط البعير بالقطار والقطار يسير وفي بعض كتب النوادر وإن كان القطار لا يسير حالة الربط وقادها القائد بعد الربط لا يرجع القائد على عاقلة الرابط علم القائد بربطه أو لم يعلم وإن كان القطار يسير حالة الربط فالقائد يرجع على عاقلة الرابط إذا لم يعلم بربطه وفي المنتقى وإذا سار الرجل على دابته وخلفه رديف وخلف الدابة سائق وأمامها قائد فوطئت إنسانا

والدية عليهما إن مات فإن الرجل على الراكب والرديف الكفارة وإذا سار الرجل على دابته في الطريق فعثرت بحجر وضعه رجل أو قد كان ساقه رجل أو بماء قد صبه رجل فوقعت على إنسان وأتلفته فالضمان على الذي وضع الحجر في المكان أو صب الماء لأنه متسبب في هذا الإتلاف وهو متعد في هذا السبب ولا ضمان على الراكب قالوا ولو نخس الدابة رجل فوطئت إنسانا فالضمان عليهما إن وطئت في فور النخس لأن الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناخس فيكون مضافا إليهما أقول وللسائل أن يقول الراكب مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما صرحوا به والناخس متسبب كما مر في الكتاب وإذا اجتمع المباشر والمتسبب فالإضافة إلى المباشر أولى كما صرحوا به لا سيما في مسئلة الراكب والسائق مع أنهم صرحوا هنا بإضافة الفعل إلى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبره قال رحمه الله ﴿ومن أرسل بهيمة وكان سائقها فأصابت في فورها ضمن﴾ يعني إذا أرسل إنسان بهيمة وساقها فكل شيء أصابته في فورها فإنه يضمنه قال رحمه الله ﴿وإن أرسل طيرا أو كلبا ولم يكن سائقا أو انفلتت دابته فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا لا يضمن﴾ أي في هذه الصور كلها أما الطير فلأن بدنه لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقا بخلاف الدابة فإن بدنها يحتمل السوق فيعتبر فيها السوق ومن ثم قالوا لو أرسل بازيا في الحرم فقتل لا يضمن المرسل وأما الكلب فلأنه وإن كان يحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة بأن يمشي خلفه ولا حكما بأن يذهب على فور الإرسال والتعدي يكون بالسوق فلا يضمن وهذا لأن الأصل أن الفعل الاختياري يضاف إلى فعل صاحبه ولا يجوز إضافته إلى غيره لا بأمر كما ذلك في فعل البهيمة إذا وجد منه السوق فأضفناه إليه استحسانا صيانة للأنفس والأموال وإذا لم يوجد منه السوق بقي على الأصل ولا يجوز إضافته إليه لعدم الفعل منه مباشرة وتسببا بخلاف ما إذا أرسل الكلب على صيد حيث يؤكل ما أصابه وإن لم يكن سائقا له حقيقة ولا حكما لأن الحاجة مست إلى الاصطياد به فيضاف إلى المرسل ما دام الكلب في تلك الجهة ولم يصرفها إذ لا طريق للاصطياد سواه وهذا لأن الاصطياد به مشروع ولو شرط السوق لانسد بابه وهو مفتوح فأضيف إليه ولو غاب عن بصره مع الصيد ولا حاجة إليه في حق ضمان العدوان فبقي على الأصل فكان مضافا إلى الكلب لأنه مختار في فعله ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعله إلى غيره وقوله سائقا قيد في الكلب دون الطير وقيد في الدابة بالانفلات لأنه لو أرسلها يضمن وفي المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فما أصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت ثم سارت أي ينقطع حكم الإرسال بالوقفة أيضا كما ينقطع بالعطفة بخلاف ما إذا وقف الكلب بعد الإرسال في الاصطياد ثم سار فأخذ الصيد لأن تلك الوقفة تعين مقصود المرسل لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل لأن مقصوده السير فينقطع به حكم الإرسال بخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا في فوره حيث لا يضمن من أرسله وفي إرسال البهيمة في الطريق يضمن لأنه شغل الطريق تعديا فيضمن ما تولد منه وأما الإرسال للاصطياد فمباح ولا يتسبب بوصف التعدي كذا ذكره في النهاية وظاهره سواء كان سائقا لها أولا وذكر قاضيخان ولو أن رجلا أرسل بهيمة وكان سائقا لها ضمن ما أصابت في فورها وكذا لو أرسل كلبه وكان سائقا له يضمن ما أتلف ولو لم يكن سائقا لا يضمن وكذا الواثب إذا لي كلبه على رجل فعقره أو مزق ثيابه لا يضمن إلا أن يسوقه وقيل إذا أرسل كلبه وهو لا يمشي خلفه فعقر إنسانا أو أتلف غيره إن لم يكن معلما لا يضمن لأن غير المعلم يذهب بطبع نفسه وإن كان معلما ضمن إن مر على الوجه الذي أرسله لأنه يذهب بإرسال صاحبه أما إذا أخذ يمنة أو يسرة فلا يضمن لأنه مال عن سنن الإرسال إلا إذا كان خلفه ولو أشلى كلبه حتى عض رجلا لا يضمن كما لو أرسل نارا وعن أبي يوسف يضمن سواء كان يسوقه أو يقوده أو لا يقوده ولا يسوقه كما لو أرسل البهيمة وعند محمد إنه إن كان سائقا أو قائدا يضمن وإلا فلا وبه أخذ الطحاوي والفقيه أبو الليث كان يفتي بقول أبي يوسف وفي الزيادات أشار إلى ذلك وعليه الفتوى وفي الخلاصة ولو كان لرجل كلب عقور يؤذي من مر به فلأهل البلد أن يقتلوه وإن أتلف شيئا على صاحبه الضمان إن كان تقدم إليه قبل الإتلاف وإلا فلا شيء عليه كالحائط المائل ولو أن رجلا طرح رجلا قدام سبع فقتله السبع فليس على الطارح شيء إلا التعزير والحبس حتى يتوب وإنما قلنا بعدم الضمان في انفلات البهيمة لقوله عليه الصلاة والسلام العجماء جبار أي فعلها هدر وقال محمد المنفلتة وهذا صحيح ظاهر ولأن الفعل مقتصر عليها وغير مضاف إلى صاحبها لعدم ما يوجب النسبة إليه من الركوب وأخواته وفي الجناية رجل بعث غلاما صغيرا في حاجة نفسه بغير إذن أهل

الصغير فرأى الغلام عليها أصفارا يلعبون فانتهى إليهم وارتقى فمات ضمن الذي أرسله في حاجته ولو أن عبدا حمل صبيا على دابة فوقع الصبي منها ومات فدية الصبي تكون في عنق العبد يدفعه المولى أو يفديه وإن كان العبد مع الصبي على الدابة فسار عليها ووطئت الدابة إنسانا فمات فعلى عاقلة الصبي نصف الدية وفي عنق العبد نصفها ولو أن حرا كبيرا حمل عبدا صغيرا على دابة ومثله يصرف الدابة ويستمسك عليها ثم أمره أن يسير عليها فوطئ إنسانا فكذلك تكون في عنق العبد فيؤمر مولى العبد بالدفع أو الفداء ثم يرجع مولى العبد على الآمر لأنه باستعمال عبد الغير صار غاصبا فإذا لحقه غرم يرجع بذلك على الغاصب وفي الفتاوى أمر رجلا بكسر الحطب فأعطى غلاما أجيرا فقال أعطي الأجرة لا كسرها فكسر بغير إذنه فوقع الحطب على عين الغلام وذهب عينه اتفق مشايخنا أنه لا يكون على صاحب الحطب شيء وفي التتمة سئل أبو الفضل عن صغيرين كانا يلعبان فوقع أحدهما وصاحبه إلى الأرض فانكسر عظم خده فهل يجب على أقاربه شيء فقال إذا كان بحال لا يمكنه المشي بها فنصف الدية خمسمائة دينار على أقارب الصبي من جهة الأب قال رحمه الله ﴿وفي عين شاة القصاب ضمن النقصان﴾ لأن المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها إلا النقصان قال رحمه الله ﴿وفي عين بدنة الجزار والحمار والفرس ربع القيمة﴾ وقال الشافعي رحمه الله ليس فيه إلا النقصان أيضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة قال في العناية فإن قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام فيما يؤكل فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من اللحم والركوب والزينة والحمل والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به اهـ ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب والزينة واللحم والعمل فمن هذا الوجه يشبه الآدمي وقد تمسك بغيره كالأكل ومن هذا الوجه أشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في النصف ولأنه إنما يمكن إقامة العمل فيها بأربعة أعين عيناها وعينا الفاعل لها فصارت كأنها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات أحدها وإن فقأ عينيها فصاحبها بالخيار إن شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة وإن شاء أمسكها وضمنه النقصان لأن المعمول به النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه وفي العناية وإنما قال بدنة ليشمل البقر والإبل فإن الحكم فيهما واحد وهو ربع القيمة وفي العيني على الهداية وفي وفي عين بدنة الجزار بفتح الجيم وهو ما تحت المنحر يقع على الذكر والأنثى كذا في الطحاوي والجزر القطع ومنه الجزور نحرها والجزار هو الذي ينحر الثمرة اهـ والله أعلم

﴿ باب جناية المملوك والجناية عليه ﴾

لما فرغ رحمه الله من بيان حكم جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد وأخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح أقول فيه شيء وهو أن لقائل أن يقول لما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحر على الحر مطلقا بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد فالأظهر أن يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق الملك بالمملوك البتة من جانب أخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لأن جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب والسائق أو القائد وهم ملاك اهـ أقول فيه أيضا شيء إذ لقائل أن يقول إن أراد جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فإن جنايتها بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحدهم وإلا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما إذا أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه وكذا إذا انفلتت فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا كما عرف كل ذلك أيضا في بابها وإن أراد أن جنايتها قد تكون باعتبار أحدهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن أن يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على أحد لا يكون فعلها جناية إنما لا يترتب عليه حكم من أحكام الجناية في الشرع وإنما ذكرت في بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ما له حكم من الأحكام الشرعية فيتم التقريب قال رحمه الله ﴿جناية المملوك لا توجب إلا دفعا واحدا لو محلا لها والا قيمة واحدة﴾ أي جناية العبد لا توجب إلا دفع رقبته إذا كان محلا للدفع إذا كان قنا وهو الذي لم ينعقد له شيء من أسباب الحرية كالتدبير وأمومية الولد والكتابة سواء كانت الجناية واحدة أو أكثر لا توجب إلا دفع رقبته إذا كانت الجناية في النفس موجبة للمال وإلا فقيمة واحدة إن لم يكن محلا للدفع بأن انعقد له شيء مما ذكرنا توجب جنايته قيمة واحدة ولا يزيد عليها

وان تكررت الجناية وفي القن اذا جنى بعد الفداء يؤمر بالدفع أو الفداء بخلاف المدبر وأخيه فانه لا يوجب الا قيمة واحدة على ما بيناه في أثناء المسائل والكلام في جناية المدبر وأم الولد في وجوه الاول في جنايته على مولاه والثاني في جنايته والثالث في جناية المدبر والرابع في جناية المدبر في يد الغاصب ودية جناية المدبر عمدا وما وجب على مولاه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية فان كانت القيمة مثل الدية أو أكثر غرم مثل الدية الا عشرة دراهم ويضمن قيمته يوم جنى وقيمة المدبر ثلثا قيمته كما تقدم وهو اذا جنى جنايات أو جناية واحدة لا توجب الا قيمة واحدة ولو مات المدبر بعد الجناية فلا فصل وان لم ينقص قيمته لم يسقط عن المولى شئ من قيمة العبد ولو قتل مدبر رجلا خطأ وقيمته ألف ثم صارت قيمته ألفين فقتل آخر خطأ فألف درهم للثاني وتحاصا في القيمة الاولى وهي ألف درهم ولو دفع المولى القيمة للاول بغير قضاء غرم للثاني ألف درهم واتبع الاول في نصف القيمة وان دفع بقضاء لا يغرم شيئا اتفاقا ولو قتل المدبر مولاه خطأ سعى في قيمته ولو جنى مدبر بعد موت المولى ولم يخرج من الثلث سعى في قيمته كالمكاتب اذا قتل مولاه خطأ سعى في قيمته وان خرج من الثلث كانت على العاقلة اتفاقا ومدبر الذمي في ذلك كله كمدبر مسلم وكذا مدبر حربي مستأمن ما دام في دار الاسلام معه ولو رد في دار الاسلام ثم رجع به الى دار الحرب فسبي عتق المدبر ولا يغرم ما جنى [illegible] وعتق المدبر بموت المولى حكما كالعتق بموته حقيقة ولو جنى الحر على المدبر فهو كالجناية من الحر على القن فلو قتله فعلى عاقلته القيمة ولو قطع يده فعليه نصف قيمته مدبر قتل رجلا خطأ فدفع المولى القيمة ثم قتل آخر خطأ فان شاء الثاني اتبع الاول بنصف القيمة وان شاء أخذ من المولى نصف القيمة ويرجع به المولى على الاول عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يغرم المولى شيئا مدبر حفر بئرا فمات فيها رجل فدفع المولى قيمته وهي ألف بقضاء ثم مات ولي الجناية وترك ألفا وعليه ألفا دينار لرجلين لكل ألف ووقع في البئر آخر فمات فالالف الذي تركه ولي الجناية الاولى يقسم بين الغرماء ومن ولي الجناية الثانية على خمسة أسهم للغرماء أربعة وله سهم لانه لما وقع في البئر ظهر ان نصف قيمة المدبر وذلك خمسمائة دين لولي الجناية الثانية على ولي الجناية الاولى فظهر ان القيمة مشتركة بينهما تقسم على ما ذكرناه عبد لرجل شجه رجل موضحة ثم دبره ثم شجه موضحة أخرى ثم كاتبه ثم شجه موضحة ثالثة ثم أدى الكتابة فعتق ثم شجه موضحة رابعة فمات من ذلك ففيها أحكام الشجاج وحكم النفس أما حكم الشجاج فالاولى يضمن الشاج نصف عشر قيمته وهو عبد صحيح وأما حكم الشجة الثالثة فانه يضمن نصف عشر قيمته وهو مدبر مكاتب مشجوج شجتين وأما حكم الشجة الرابعة فانه يضمن ثلث الدية ولا يضمن الارش وأما حكم النفس فلا شئ على الشاج بسراية الشجة الاولى والثانية لان سرايتهما منقطعة عن الجناية بالعتق والكتابة ويضمن للشجة الثالثة ثلث قيمته وهو مدبر مكاتب مشجوج باربع شجات ولا يضمن ثلث الدية وان مات حرا لان ابتداء الشجة لا في الكتابة وانما يضمن ثلث قيمته لاربعها لان الجناية الاولى والثانية حكمهما واحد والشجة الرابعة لانه وهو حر وموجبها الدية فان قيل هذا والصحيح ان النفس انما تلفت بمعنى واعتبار ثلاث جنايات أولها الجناية الاولى وقد هدرت سرايتها وثانيها الجناية الثالثة وسرايتها معتبرة فيضمن ثلث قيمته مشجوجا باربع شجاج لان ثلاث شجاج منها اصابته مرة فلا يضمن مرة أخرى وما تلف بالشجة الرابعة يكون مضمونا على الشاج بالشجة الثالثة لانه مات وهو منقوص باربع شجات كذا في المحيط مع اختصار وفي الذخيرة أم الولد اذا جنت جناية خطأ فالجواب فيها كالجواب في المدبر على التفصيل المتقدم اهـ قال رحمه الله (ولو جنى عبد خطأ دفعه بالجناية فيملكه أو فداه بارشها) أي اذا جنى العبد خطأ فمولاه بالخيار ان شاء دفعه الى ولي الجناية فان دفعه ملكه ولي الجناية وان شاء فداه بارشها وقوله خطأ احترز به من العمد وهذا التقييد انما يفيد اذا كانت الجناية على النفس لانها ان كانت عمدا توجب القصاص وأما اذا كانت على الاطراف لا يفيد التقييد به اذ لا يجري القصاص فيها بين العبيد ولا بين الاحرار والعبيد وقال الشافعي رحمه الله جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها الا أن يقضي المولى الارش وثمرة الخلاف تظهر في اتباع الجاني بعد العتق وعندنا لا يتبع لا في حالة الرق ولا بعد الحرية والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن ابن عباس مثل مذهبنا وعن عمر وعلي مثل مذهبه له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على الجاني لانه المتعدي قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد فيجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته ويباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان المستحق بالجناية على النفوس نفس الجاني اذا أمكن الا ان استحقاق النفس قد يكون بطريق الاتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التملك والعبد من أهل ان يستحق نفسه بالطريقين فتصير نفسه مستحقة للمجني عليه صيانة عن الهدر الا ان يختار المولى الفداء فيكون

لهذلك لانه ليس فيه ابطال حق المجني عليه بل مقصود المجني يحصل بذلك بخلاف اتلاف المال فانه لا يستحق به نفس الجاني أبدا ولان الاصل في موجب الجناية خطأ أن يتباعد عن الجاني لكونه معذورا ولكون الخطأ موضوعا شرعا ويتعلق بأقرب الناس اليه تخفيفا عن المخطئ وتوقيا عن الاجحاف الا ان عاقلة العبد مولاه لان العبد يستنصر به وباعتبار النصرة تتحمل العاقلة حتى تجب الدية على أهل الديوان فيجب ضمان جنايته على المولى بخلاف الذمي فانهم لا يتناصرون فيما بينهم ولا عاقلة لهم فيجب في ذمته صيانة عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العاقلة لا تعقل المال الا أن المولى يخير بين الدفع والفداء لانه واحد واختلف في الموجب الاصلي قال المرغيناني الصحيح ان الاصل هو الدية والارش لكن للمولى ان يختار الدفع وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل فيتخير لان التخيير مفيد وقال غيره الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الواجب بموت العبد الجاني قبل الاختيار له لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة عند أبي يوسف ومحمد فان الواجب جزء من النصاب وله النقل الى القيمة وكذا العبد بخلاف الجاني الحر في الخطأ حيث لا يبطل الموجب بموته لانه لا يتعلق به الواجب استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر واذا اختار الدفع لزمه حالا لانه عين ولا يجوز التأجيل في الاعيان وان كان مقدرا بغيره وهو المتلف ولهذا سمي فداء وأيهما اختاره وفعله فلا شيء لولي الجناية غيره أما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حق المطالبة عنه وأما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا أوفاه حقه سلم العبد له وكذا اذا اختار أحدهما ولم يفعل أو فعل ولم يختر مرة ولا سقط حق المولى في الآخر لأن المقصود تعيين المحل حتى يتمكن من الاستيفاء والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل بخلاف كفارة اليمين حيث لم تتعين الا بالفعل لأن المقصود في حقوق الله تعالى الفعل والمحل تابع لضرورة وجوده ولا فرق بين أن يكون المولى قادرا على الارش أو لم يكن قادرا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه اختار أصل حقهم فبطل حقهم في العبد لان ولاية التعيين للمولى لا للاولياء وقالا لا يصح اختياره الفداء اذا كان مفلسا الا برضا الاولياء لان العبد صار حقا للاولياء حتى لا يضمنه المولى بالاتلاف ولا يملك ابطال حقهم الا برضاهم أو بوصول البدل اليهم وهو الدية وان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه بخلاف ما اذا مات بعد اختياره الفداء حيث لم يبرأ المولى لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال في المحيط ولو جنى عبد على جماعة فدفع اليهم فكان مقسوما بينهم وان شاء المولى أمسكه وغرم الجنايات لان تعلق حق الاول لا يمنع تعلق حق الباقين وللمولى ان يفدي بعضهم ويدفع الى بعض مقدار ما تعلق به حقه بخلاف ما لو قتل العبد رجلا خطأ وله وليان فاختار المولى الفداء لأحدهما أو الدفع الى الآخر لم يكن له ذلك لان ثمة الحق متحد يجب للمقتول أولا ثم ينتقل الى الورثة بطريق الخلافة عنه وهذا لموجب الجناية المتحدة وهنا الجنايات مختلفة وللولي خيار الدفع أو الفداء فذلك تعيين أحد الموجبين في كل جناية ولو قتل انسانا وفقأ عين آخر وقطع يده دفع العبد لان الاستحقاق بقدر الحق وحق المقتول في كل العبد وحق المفقوءة عينه في نصفه وكذلك المقطوع يده وكذلك اذا شج ثلاثة شجاج مختلفة دفع اليهم وقسم بينهم بقدر جناياتهم ولو جنى العبد جنايات فغصبه انسان وجنى في يد الغاصب جنايات فمات في يده فالقيمة تقسم بين أصحاب الجنايات كما تقسم الرقبة ولا خيار للمولى فيه لان القسمة تعينت واجبا وهي أقل من أن يكون اسما كما سيدا وان كان الفداء أكثر من القيمة ولو قتل العبد الجاني عبد الرجل آخر خير مولى العبد بين الدفع والفداء فان فداه بقيمة المقتول قسمت القيمة بين أولياء الجناية الاولى على قدر حقوقهم لان القيمة قائمة مقامه ولو دفعه الى مولى المقتول خير مولى المقتول في المدفوع بين الدفع والفداء فان فداه بقيمة المقتول قسمت القيمة بين أولياء الجناية الاولى على قدر حقوقهم لان الثاني قائم مقام الاول فكأنه هو ولو كان حيا قائما يخير المولى فكذا من قام مقامه وكذا لو قطع عبد يد الجاني فدفع به خير مولى العبد المقطوع بين الدفع والفداء لان العبد الثاني قائم مقام الاول وكان حق ولي المقتول متعلقا بجميع أجزائه فيظهر حقه في بدل الجزء ولو لم يظهر حقه في بدل الكل ولو اكتسب العبد الجاني أو ولدت الامة الجانية لم يدفع الكسب والولد معها لان الملك ثبت لولي الجناية بالدفع لا قبله فكان الدفع تمليكا مبتدأ فاذا اقتصر الملك على حالة الدفع لم يظهر في حق الكسب والولد بخلاف الارش فانه بدل الجزء فكان حق الدفع متعلقا بذلك الجزء فيظهر استحقاق الاصل في حق البدل أمة قطعت يد رجل ثم ولدت فقتلها الولد خير المولى فان شاء دفع الولد وان شاء فداه بالاقل من دية اليد ومن قيمة الام لان جناية المملوك على مملوك مولاه معتبرة اذا تعلق حق الغير به لان الحق بمنزلة الحقيقة في حق ايجاب الضمان وقد تعلق بالام حق المقطوعة يده فكانت جناية الولد عليها معتبرة قضاء لحق صاحب الحق

وأما الجناية على أطراف العبد فقال أبو حنيفة وكل شيء من الحر فيه الدية يجب في العبد القيمة وكل شيء من الحر فيه نصف الدية ففيه من العبد نصف القيمة إلا إذا كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر فينقص عشرة أو خمسة في رواية المبسوط والجامع أنه يجب أرش مقدر فيما دون النفس وعندهما يقوم صحيحا ويقوم منقوصا بالجناية فيجب فضل ما بين القيمتين وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة لهما أن ضمان أطراف العبد ضمان أموال لان أطراف العبد معتبرة بالاموال لانها خلقت حرزا للنفس ولهذا لا يجب ضمانها على العاقلة وضمان الاموال مقدر بقدر النقصان وله ان الاطراف من جملة النفوس حقيقة لان النفس مركبة من الاطراف وفي اتلافها اتلاف النفس وفي استكمالها كمال النفس لكن فيها معنى المالية باعتبار انها خلقت لمنافع النفس ومصالحها فيجب اعتبارها ولا يجوز اخلاء النفسية عن أطراف العبد بالكلية وباعتبار النفسية فيها يجب أن يكون بدلا مقدرا كالاطراف وباعتبار معنى المالية فيها أوجبنا ضمانها على الجاني دون العاقلة لان النص ورد بايجاب الضمان على العاقلة في النفوس المطلقة ولم يوجد فأما تقدير الضمان بما هو ملحق بالنفوس ملائم للاصل ألا ترى أن ضمان عين البقر والفرس مقدر بربع قيمته فصار العبد أولى أن يكون مقدرا ولو قطع رجل يد عبد قيمته ألف ثم بعد القطع صارت قيمته ألفا كما كانت قبل القطع ثم قطع رجل آخر رجله من خلاف ثم مات منهما ضمن الاول ستمائة وخمسة وعشرين والآخر سبعمائة وخمسين لان الاول قطع يده وقيمته ألف فيغرم خمسمائة لان اليد من الآدمي نصفه وبقيت قيمة النصف الآخر خمسمائة وإذا زادت خمسمائة أخرى صارت ألفا وهذه الزيادات لا تعتبر في حق قاطع اليد لانها لم تكن موجودة وقت القطع وانما حدثت بعده فبقي في حق قاطع اليد قيمة الباقي خمسمائة ثم قاطع الرجل أتلف النصف الباقي وذلك مائتان وخمسون بقيت مائتان وخمسون تلفت بسراية جنايتهما فيجب على قاطع اليد نصف ذلك وذلك مائة وخمسة وعشرون وقاطع الرجل حين قطع رجله كانت قيمة العبد ألفا فضمن نصفه وهو خمسمائة وبقي خمسمائة في حقه وقد تلفت بسراية جنايتين فضمن نصفه وذلك مائتان وخمسون يضم ذلك الى خمسمائة فتصير سبعمائة وخمسين ولو صار يساوي ألفين وهو أقطع فعلى قاطع الرجل ألف وخمسمائة لان الزيادة في حق قاطع اليد غير معتبرة فصار وجودها وعدمها بمنزلة فعليه ستمائة وخمسة وعشرون كما وصفنا فأما قاطع الرجل بالقطع أتلف نصفه فضمن قيمته وهي ألف وألف تلف بسراية الجنايتين يغرم نصفه وهو خمسمائة فيضم خمسمائة الى الالف فيكون ألفا وخمسمائة وفي النوادر روى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله رجل قطع أذن عبد أو أنفه أو حلق لحيته فلم تنبت فعليه ما نقصه وروى محمد عن أبي حنيفة أن عليه للمولى قيمته تامة ان دفع اليه العبد وجه رواية الحسن أن الفائت من العبد معتبر من حيث المالية وبفوات الجمال تقل رغبات الناس فتنتقص المالية فيضمن النقصان وجه رواية محمد ان ما يجب بتفويته من الحر كمال الدية فيجب بتفويته من العبد كمال القيمة في اليدين والرجلين لان دية أطراف العبد مقدرة لما بينا رجل فقأ عيني عبد ثم قطع آخر يده كان على الفاقئ ما نقصه وعلى القاطع نصف قيمته مفقوء العينين استحسانا والقياس أن لا شيء على الفاقئ على أصل أبي حنيفة لان عنده ليس للمولى امساك المفقوء وتضمين النقصان وانما له كمال القيمة وتمليك الجثة منه وبالقطع الطارئ على المفقوء امتنع تضمين القيمة فيتعذر ايجاب الضمان عليه وجه الاستحسان ان الجناية تقررت موجبة للضمان قبل القطع فلا يجوز تعطيل السبب عن الحكم واهدار الجناية فيغرم النقصان صونا للذمة عن الهدر والبطلان وروى الحسن عن أبي حنيفة في عبد قتل رجلا عمدا وله وليان فعفا أحدهما ثم قتل آخر خطأ فاختار المولى الدفع فانه يدفع أرباعا ثلاثة أرباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد الذي لم يعف وهو قولهما وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة يدفع اليهما أثلاثا ثلثاه لصاحب الخطأ وثلث لصاحب العمد وقال زفر رحمه الله يدفع نصفه الى ولي الخطأ وربعه الى ولي العمد ويبقى ربعه للمولى وجه قول زفر رحمه الله ان حق الوليين متعلق بالعين وبعفو أحدهما سقط حقه وانتقل حق الآخر الى الرقبة أو الفداء في النصف وحق ولي الخطأ في الكل لانه لا يشاركه غيره فيه وحق الولي بالعفو عاد الى الربع فيكون الربع له يبقى ثلاثة أرباعه بينهما على قدر حقهما وجه رواية الحسن أنه اذا عفا أحد وليي العمد فحق الآخر المزاحمة في الربع لانه تعلق حق ولي الخطأ بالنصف لا بالكل فبقي حق غير العافي فيه الربع فانتقل الى الرقبة أو الفداء فيكون الباقي بينهما أرباعا وجه رواية أبي يوسف وهو الاصح أنه اذا عفا أحد وليي العمد بقي حق الآخر في النصف لان حقهما في الكل لان تعلق الاول لا يمنع تعلق الثانية الا أن بالعفو فرغ نصف الرقبة عن حكم الجناية الاولى فبقي حق الاول متعلقا بالنصف وحق الثاني في الكل فيكون المدفوع بينهما أثلاثا هشام عن محمد قال مملوك قتل مملوكا لرجل خطأ ثم قتل أخا مولاه وليس

لاخى مولاه وورثه غيره فانه يدفع نصف العبد الى مولى العبد أو يفديه ولم يضمن الثانى للمولى لان حق أخى المولى له فى رقبة الجانى
بعدما تعلق به حق المولى فتقع المزاحمة بينهما فيكون بينهما نصفين واذا انتقل النصف الى المولى بالارث سقط بعد الوجوب لان
المولى لا يستوجب على عبده شيأ فبقى حق الاول فى النصف فان قتل أخا مولاه أولا ثم قتل مملوك رجل خطأ فانه يدفع العبد كله الى
مولى العبد المقتول أو يفديه لانه لما انتقل الحق الى المولى بالارث سقط عنه واذا جنى على الثانى ولا يزاحمه الاول فقد تعلق حق ولى
الجناية الثانية به من غير مزاحمة وان كان لاخى مولاه بنت وقد قتله العبد أولا فانه يضمن ثلاثة أرباع العبد لمولى العبد المقتول وربعه
للبنت لان حق ولى الجناية الثانية تعلق بالنصف وتعلق حق الوارثين بالنصف الا انه سقط حق المولى عن الربع وبقى حق البنت
فى الربع فان كانت النصرة [illegible] معا وليس له بنت [illegible] فلم يصادف [illegible] قال أبو
حنيفة رحمه الله [illegible] فمات العبد من غير السراية [illegible] على السائق وان لم يمت [illegible] لزم السائق القصاص لان
الضمان ضمان تفويت المالية والقتل [illegible] المالية ولا يموته وقال محمد رحمه الله يضمن القصاص فى الوجهين
لان الجناية تحققت فى الحالين [illegible] موجبة للضمان قال فى الهداية والمولى عاقلته قال بعض [illegible] لعاقلة حيث
لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا اه وأجيب بان المراد المولى كعاقلته اه قال فى العناية لا يقضى على المولى بشئ حتى يبرأ المجنى
أو يتم [illegible] لان القضاء [illegible] فقال المولى أفدى نصفه وأدفع نصفه فهذا
اختيار منه للفداء وعليه دية كاملة [illegible] رحمه الله (فان فداه فجنى فهى كالاولى وان جنى جنايتين دفعه بهما أو فداه بارشهما) لانه
لما طهر حكم الجناية الاولى بالفداء جعل كأنه لم يكن من قبل وهذه ابتداء جناية ولو جنى قبل ان يختار فى الاولى شيأ أو جنى جنايتين
دفع دفعة واحدة ولو جنايات قيل لمولاه اما أن تدفعه أو تفديه بارش كل واحدة من الجنايات لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق
الثانية بها كالديون المتلاحقة أولا واحد ألا ترى ان ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه أولى أن لا يمنع بخلاف الرهن حيث
لا يتعلق به حق غيره من الغرماء والفرق أن الرهن ايفاء واستيفاء حكما فصار كالاستيفاء حقيقة فأما الجناية فليس فيها الا تعلق
الحق لولى الاولى وذلك لا يمنع تعلق حق آخر به ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم ارش جنايته قال
رحمه الله (فان أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن الارش) يعنى لو أعتق الجانى ولم يعلم بها ضمن الاقل من القيمة ومن
الارش واذا جرح العبد رجلا فاختار المولى الفداء ثم مات المجروح [illegible] عند محمد استحسانا وعند أبى يوسف عليه الدية ولا
يخير قياسا وهى من المسائل التى رجع فيها أبو يوسف رحمه الله من الاستحسان الى القياس ولو أعتقه وهو يعلم ثم مات المجروح كان مختارا
للدية ان كان خطأ وجه القياس انه اختار أرش الجراحة فيكون اختيار الارش وما يحدث ويتولد عنها كالعفو عن الجراحة ويكون
عفوا عنها وعما يحدث منها لان السراية لا تنفك عن الجناية فيكون اختيار الاصل اختيار التبع المتولد منه ضرورة لانه صار قاتلا
بتلك الجراحة فظهر انه اختار امساك العبد بعد القتل وهو عالم بالقتل كما لو أعتق العبد بعد الجراحة وجه الاستحسان ان المولى انما
اختار امساك العبد بمال قليل على حساب ان الجراحة لا تسرى فبعد الموت لو لزمه لزمه حكم الاختيار بمال كثير وهو دية
واختيار الانسان امساك العبد بمال قليل لا يكون اختيارا منه باداء مال كثير لانه غير راض به ولو لزمه تضرر به فوجب
ان لا يلزمه حكم الاختيار بالدية بخلاف ما لو أعتقه بعد الجراحة ثم مات لانه لم ينص على اختيار العبد بمال قليل بل اختار
امساك العبد مطلقا قتل عبد رجلا عمدا وله ولى واحد فطلب الفداء فاختار المولى الفداء عن نصف العبد يصير مختارا للفداء
عن الكل لان فى التفريق ضررا عليه ولا يتمكن الولى من ذلك فصار مختارا للفداء عن الكل ضرورة وان كان له وليان
فاختار الفداء فى نصيب أحدهما يصير مختارا للفداء فى حق الآخر فى عامة الروايات لان المستحق لموجب الجناية هو الميت
لان الجناية وردت على حقه وأمكن اثبات الملك لموجب الجناية لان بعد الموت تبقى التركة على حكم الملك ولهذا تنفذ وصاياه
وتقضى منها ديونه فوقع الملك للميت أولا ثم انتقل الى الوارث وكان المستحق لموجب الجناية هذا فيصير مختارا للفداء من الكل
ضرورة وفى رواية كتاب الديات لا يصير مختارا لان الملك فى موجب الجناية يثبت للمولى ابتداء لان الميت ليس باهل للملك فكان
المستحق للجناية اثنين فالتفريق لا يلحق بأحدهما ضررا لم يكن مستحقا عليه وفى قتل الخطا لو كان الولى واحدا فاختار الفداء
فى النصف يكون اختيار الفداء فى حق الآخر ما دام العبد قائما لان حقهما ثابت فى العبد متفرقا مشتركا واذا مات العبد قبل

أن يدفع النصف الى الآخر صار مختارا للفداء لان الحق ثبت للمقتول ولو صالح أحدهما على نصف الدية خير المولى والولي المدفوع اليه بين أن يدفعا نصف العبد الى الثاني أو يفديا لان الجناية اتصلت بالاول والعبد في ملكهما فيخير كما لو جنى جناية خطأ والعبد لهما يخيران بين الدفع والفداء وكذا هذا لان العبد فرغ من نصف الجناية بالصلح وبقي مشغولا بالنصف فيثبت لهما الخيار في النصف وان صالح احدهما عن جميع الدية قيل للشريك ادفع نصفه الى أخيك أو افده لانه استحق الملك اليه ونصفه مشغول بالجناية ولو قتلت أمة رجلا عمدا وله وليان فصالح المولى أحدهما على ولدها صار مختارا للفداء في نصف الآخر فيفديه بنصف الدية وذكر في كتاب الدور لا يصير مختارا للفداء ولو صالح أحدهما في تلك الامة كان الثاني له خيار ان يدفعه أو يفديه وفي الجامع والدور لا يكون منه اختيارا وجه هذه الرواية انه سوى بين الدفع والفداء في البعض وذلك لان الملك يثبت للميت أولا ثم ينتقل الى الوارث لما بينا فكان ملك الميت أصلا وملك الوارث بناء عليه فيكون المستحق للجناية واحدا فاختيار الدفع والفداء في البعض تكون اختيارا في الكل لئلا يتفرق الملك على المستحق وجه رواية الصلح وهو الفرق بين الدفع والفداء ان الانسان قد يضطر الى أن يخرج بعض العبد عن ملكه لكي يعيد الزائل الى ملكه في الثاني واذا وجد ثمن فلا يكون اختيار دفع النصف اختيار دفع النصف الآخر دلالة فاما اختيار بعض الفداء يدل على اختيار امساك الامة في ملكه لرغبة لامساكها لمنافع يحصل له منها لا يحصل له من غيرها وتلك المنافع يحصل من كلها لا من نصفها فاختيار امساك الامة يدل على اختيار الفداء ضرورة اختيار الصالح أن يقول المولى اخترت الفداء والدلالة كما لو تصرف فيه بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو بالعتق أو بالتدبير أو بالكتابة أو نقص كعين العبد والجراحة وقطع اليد وأما في الرهن والاجارة والنكاح كما لو زوج منه امرأة وكانت أمة فزوجها فهذا لا يكون اختيارا في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي انه يصير مختارا ولو ان العبد الجاني قبل أن يختار المولى شيئا بطلت الجناية عمدا كانت أو خطأ ولا يؤخذ المولى بشيء فان لم يمت لكن قتله مولاه فانه يصير مختارا للارش فان لم يقتله مولاه ولكن قتله أجنبي فان كان عمدا بطلت الجناية وللمولى أن يقتص وان كان خطأ يأخذ القيمة ثم يدفع تلك القيمة الى أولياء الجناية حتى لو تصرف في تلك القيمة لا يصير مختارا للارش وكذلك لو قتله عبد خير المولى بين الدفع والفداء ثم يدفع الى ولي الجناية ولو دفع العبد الى مولى العبد المقتول قام مقامه فصار كأنه هو فيخير المولى بالفداء حتى لو تصرف في العبد المدفوع بالبيع أو بالعتق أو نحوه فانه يصير مختارا للفداء ولو لم يقتله عبد الاجنبي ولكنه قتله عبد آخر لمولاه فانه يخير المولى بين الدفع والفداء بقيمة العبد المقتول فان دفعه العبد اليه سلم لهم وان اختار الفداء فدى بقيمة العبد المقتول ولو قطع الاجنبي يد هذا وفقأ عينه أو جرحه فيخير العبد الأجنبي فان دفع أو فداه بالارش فانه يقال لمولى العبد المفقوء عينه ادفع عبدك هذا الى ولي الجناية أو افده فيه الضمان في العتق تكون للقتل خطأ لانه لو كان عمدا وعتق لا يلزمه شيء ولو كان العبد قتل رجلا عمدا ووجب القصاص فاعتقه مولاه فلا يلزم المولى شيء ولو كان للمقتول ابنان فعفا أحدهما بطل حقه وانقلب نصيب الآخر مالا فله أن يستسعي العبد في نصف قيمته ولا يجب على المولى نصف القيمة هذا اذا جنى فقط فلو جنى وأتلف مالا فان ولو كان العبد استهلك مالا ووجب عليه وقتل آخر خطأ فحضر أصحاب الديون وأولياء الجناية معا فانه يخير المولى بين الدفع والفداء فان ظهرت رقبة العبد عن جنايته فبعد ذلك يباع في الدين الا ان يقضي السيد الدين وان اختار الدفع دفعه الى أولياء الجناية ثم يباع في ديونهم وان حضر أصحاب الديون أولا فباع المولى العبد في ديونهم بغير أمر القاضي فانه ينظر ان كان عالما بالجناية صار مختارا للفداء وان كان غير عالم بالجناية يلزمه الاقل من قيمته ومن الدين وان كان بدفع القاضي فان كان القاضي غير عالم بالجناية فباع العبد في الدين لم يبطل الجناية وان كان القاضي يعلم بالجناية فباعه في الدين بطلت الجناية وفي المنتقى وفي الاصل اذا جنى جناية وخير المولى بين الدفع والفداء فاختار نصف العبد واختار الفداء في نصفه الآخر فهذه المسألة على وجوه أحدها ان يكون ولي الجناية واحدا بان قتل العبد رجلا خطأ وله ولد واحد والقتل خطأ وفي هذا الوجه اذا اختار المولى الفداء في نصف العبد يصير مختارا للفداء في الكل لذلك واذا اختار نصف العبد يصير مختارا الدفع الكل وهذا باتفاق الروايات والثاني ان يكون المقتول اثنين بان قتل العبد رجلين خطأ ولكل واحد منهما ابن واختار المولى الفداء في أحدهما أو الدفع فانه يبقى على اختياره في حق الآخر وهذا باتفاق الروايات أيضا الثالث اذا كان المقتول واحدا وله وليان فاختار المولى الفداء في حق الآخر ففي عامة الروايات تكون مختارا للفداء وفي كتاب الدور لا يكون مختارا للفداء والاصل في هذه المسألة ان المولى

متى

متى أحدث فى العبد تصرفا يعجزه عن الدفع وهو عالم بالجناية يصير مختارا واذا أحدث تصرفا لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختارا وان كان عالما بالجناية فاذا ثبت هذا الاصل فنقول الاعتاق تصرف يعجزه عن الدفع لان اعتاقه نافذ وبعد العتق لا يمكنه الدفع فاذا أعتق مع العلم بالجناية يكون مختار الفداء ولو كانت أمة فوطئها فهذا ليس باختيار للفداء عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله يكون مختارا للفداء وكذلك اذا زوجها لا يكون مختارا للفداء وفى الظهيرية الا اذا أحبلها وفى التهذيب ولو كانت أمة فزوجها لا يصير مختار الفداء وكذلك اذا وطئها لا يكون مختارا للفداء الا اذا كانت بكرا أو علقت وذكر فى المنتقى عن أبى يوسف فى مسئلة الوطء ثلاث روايات قال فى رواية الوطء لا يكون مختارا للفداء وان كانت الجارية بكرا وهذه رواية هشام وفى رواية الحسن عن أبى مالك ان كان الوطء نقصها فهو اختيار للفداء وان لم ينقصها فليس باختيار وبه كان يقول أبو حنيفة وعن أبى يوسف رواية أخرى ان الوطء اختيار للفداء على كل حال وفى الذخيرة وذكر فى عتاق الاصل انه يكون اختيارا للفداء فان استخدمها لا يكون اختيارا للفداء وفى العتابى حتى لو عطبت فى الخدمة لا ضمان عليه وكذا لو كان عليه دين فاستخدمه المولى لم يضمن الفداء وفى السراجية المولى اذا أذن العبد الجانى فى التجارة ولحقه دين لم يصر به مختار الفداء وفيه أيضا عبد قتل حرا خطأ ثم قتله رجل آخر خطأ فاستهلك المولى قيمته من قاتله لم يكن مختارا ويضمن مثلها للمولى الحر العتابى ولو ضرب به ضربا أثر فيه الضرب حتى صار مهزولا ونقصت قيمته بسبب أثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية واذا ضربه وهو عالم بالجناية كان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية الا أن يرضى ولى الدم أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى ولو ضرب المولى عينه فابيضت وهو عالم به ثم ذهب البياض لا يكون مختار الفداء بل يدفع ويفدى ولو خوصم فى حالة البياض فضمنه القاضى الدية ثم زال البياض فالقضاء نافذ ولا يرد وأطلق فى العتق والضمان فشمل ما اذا أعتقه باذن ولى الجنى عليه أولا وفى نوادر ابن سماعة اذا أعتقه المولى باذن ولى الجناية فهو اختيار للفداء وعليه الدية وفى الاملاء عن محمد رحمه الله ان اجازة بيع العبد بعد جنايته فى يده ليس باختيار للفداء فى قول أبى يوسف ومحمد ويقال للمشترى ادفع أو رد وفى التجريد وأطلق فى العتق فشمل ما اذا أعتق أو أمره قال ولو أمر المولى الجنى عليه باعتاقه فأعتقه صار المولى مختارا عبد بين رجلين جنى جناية فشهد أحد المولين على صاحبه انه أعتقه لم تجز شهادته عليه ولو بالعاجز شهد يشهد عليه نصف الدية وعلى الآخر نصف القيمة وفيه رجل ورث عبدا أو اشتراه جنى جناية وزعم المولى بعد جنايته ان الذى باعه اياه كان أعتقه قبل البيع أو ان أباه كان أعتقه فانه مختار للفداء بهذا القول وفى الجامع الصغير اذا قال لعبده اذا قتلت فلانا أو رميته أو شججته أو ضربته فأنت حر يصير مختار الفداء وفى الكافى يكون على المولى دية القتيل عند علمائنا الثلاثة وفى الكافى وقال زفر لا يصير مختار الفداء وعليه قيمة العبد قال الشيخ الامام خواهرزاده هذا اذا علق العتق بضرب يوجب الضمان حتى يكون المولى مخيرا بين الدفع والفداء وأما اذا علق العتق بضرب يوجب القصاص بان قال ان ضربت فلانا بالسيف فأنت حر فانه لا يلزم المولى شئ لا القيمة ولا الفداء وفيه رجل أذن لعبده فى التجارة فلحقه دين ألف درهم وقيمته ألف وجنى جناية فأعتقه المولى وهو لا يعلم فان عليه قيمتين قتل العبد المرهون رجلا خطأ وقيمته مثل الدين فللمرتهن أن يفدى وليس له أن يدفع فان قال لا أفدى كان للراهن أن يدفع بالجناية فان أعتقه كان مختار الفداء وفى الكافى ولو أقر مولى الجناية بعد العلم بالجناية ان العبد لهذا فهو اختيار للفداء عند زفر وعندنا لا يكون مختارا وفى العتابى ولو ان عبدا بيد رجل جنى جناية فقال ولى الجناية هو عبدك وقال الرجل هو وديعة عندى لفلان أو عارية أو اجارة أو رهن فان أقام على ذلك بينة أخرت الامر فيه وان لم يقم خوطب بالدفع أو الفداء وقال زفر مختار الدية بمجرد قوله انه لفلان فان فداه ثم قدم الغائب أخذه عبده بغير شئ وان كان دفعه فالغائب بالخيار ان شاء أمضى ذلك وان شاء أخذ العبد ودفع الارش وفى المنتقى عبد قتل قتيلا وقامت عليه البينة بذلك ثم أقر المولى انه قتل قتيلا آخر فانه يؤمر بدفعه اليهما نصفين ثم يضمن نصف قيمته لصاحب البينة الحسن بن زياد عن أبى يوسف رجل أقر ان عبده قتل رجلا خطأ ثم أقر عليه أيضا برجل آخر انه قتله خطأ يقال للمولى ادفع عبدك للاول خاصة أو افده فان دفعه فلا شئ للآخر وان فداه من الاول قيل له ادفع الى الآخر نصيبه أو افده بنصف الدية وروى ابن مالك انه يقال للمولى ادفعه اليهما نصفين فان دفعه غرم الاول نصف قيمته وان قال أنا أفديه من الآخر دفعه كله الى الاول فان قال أفديه من الاول دفع نصفه الى الآخر وهو قول زفر وذكر العباس بن الوليد عنه انه اذا دفع نصفه الى الثانى فهو مختار الدية

من الاول رجل في يديه عبد لا يدري أنه له أو لغيره فلم يدع صاحب اليد أنه له ولم يسمع من العبد اقراره أنه عبد صاحب اليد
الا أنه يقر بأنه عبد حتى جنى هذا العبد جناية وثبت ذلك بالبينة أو باقرار صاحب اليد ثم ان صاحب اليد أقر أنه عبد رجل وصدقه
المقر له بذلك وكذبه في الجناية فان كانت الجناية ثبتت بينة قيل للمقر له ادفع أو افده وان كانت الجناية باقرار الذي كان العبد في يده
أخذ المقر له العبد وبطلت الجناية ولم يكن على المقر من الجناية شيء وفيه أيضا عبد قطع يد رجل خطأ فبرأت ودفعه مولاه بجنايته
ثم انتقض الجرح فمات منه قال يدفع قيمة عبده وفي العيون الحسن بن زياد عن أبي حنيفة في عبد قطع أصبع رجل خطأ
ففداه المولى بألف ثم مات المقطوع أصبعه كان ذلك الفداء باطلا وكان عليه تمام الدية ان كان الفداء بغير قضاء القاضي وصار
عبد لمن أعتق وهو يعلم وفي الكافي رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوعة يده على عبد ودفع اليه فاعتقه المقطوع يده ثم مات
من ذلك فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه وقيل للأولياء اما ان تقتلوه واما ان تعفوا وفي النوادر عبد جنى فاقر
ابن السيد أنه حر فمات السيد فورثه هذا الابن فهو حر وعلى الابن الدية جارية جنت وهي حامل فاعتق السيد ما في بطنها وهو يعلم
بالجناية صار مختارا قبل ان تضع ولو لم يكن عالما بالجناية فان حضر الطالب قبل الوضع خير ان شاء ضمن المولى قيمتها حاملا وان شاء
أخذها حاملا بجنايتها وكان ولدها حرا وان حضر بعد ما ولدت خير المولى ان شاء دفع وان شاء فدى ولا سبيل على الولد وفي نوادر
ابن سماعة عن أبي يوسف اذا أعتق الرجل ما في بطن جاريته ثم جنت جناية فدفعها بالجناية جاز وفي العيون أيضا باع جارية فولدت
عند المشتري لأقل من ستة أشهر فجنى على الولد ثم ادعاه البائع وهو يعلم بالجناية فعليه الدية لأصحاب الجناية في قول أبي يوسف
وقال زفر رحمه الله تعالى عليه القيمة دون الدية والفتوى على قول أبي يوسف وفيه أيضا جارية بين رجلين ولدت ولدها فان ادعاه
أحدهما وهو عالم بالجناية قال أبو يوسف الدية عليه وان لم يعلم قال زفر اذا علم فعليه نصف القيمة وفي العيون جارية بين رجلين
جاءت بولد فجنى الولد جناية فادعاه أحدهما فان علم بالجناية فعليه نصف الدية وان لم يعلم فعليه نصف القيمة وهذا قول زفر وقال
أبو يوسف عليه نصف الدية علم أو لم يعلم قال لعبديه أحدكما حر ثم جنى أحدهما ثم صرف المولى العتق اليه قال أبو يوسف ان علم
بالجناية فعليه الدية وقال زفر عليه القيمة وفي الظهيرية ولو جنى كل واحد منهما بعد الايجاب ثم بين العتق في أحدهما عتق ولزمه
الأقل من قيمته ومن الدية وبقي الآخر ملكا له يقال ادفعه أو افده بالدية ولا يصير مختارا للفداء ولكن لو كانت جناية أحدهما قطع
يد رجل وجناية الآخر قتل نفس لا يختلف الجواب وفي التجريد قال أبو يوسف اذا غصب رجل عبدا فقتل عنده قتيلا خطأ
ورده على مولاه فقتل عنده قتيلا ودفعه المولى بالجنايتين رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة ودفع الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع به
على الغاصب فيسلم له وقال محمد وزفر يأخذ نصف القيمة فيسلم له ولا يدفعها الى ولي الجناية عبد جنى فأوصى المولى بعتقه في مرضه
فاعتقه الوارث أو الوصي فان الوصي عالما بالجناية فعليه الدية قدر قيمته من جميع المال والزيادة من الثلث وان لم يكن عالما فتجب
القيمة في مال الميت في قول زفر ولم يذكر ان الذي أعتق هل يضمن وماذا يضمن وقال أبو يوسف ان علم الذي أعتقه بالجناية
فعليه الدية قال الفقيه أبو الليث يكون هذا قول أبي يوسف الاول اما على قياس قوله الآخر ينبغي أن يكون قوله مثل قول زفر
كما قال في آخر كتاب البيوع لو اشترى عبدا ولم ينقد الثمن حتى وكل وكيلا بعتقه فاعتقه الوكيل لا ضمان على الوكيل في قول
أبي يوسف الآخر وهو قول محمد وهكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله هذا اذا كانت الوصية بالعتق بعد ما جنى أما اذا أوصى بعتقه
قبل الجناية ثم جنى فمات الموصي فاعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو ضامن للجناية وان لم يعلم فهو ضامن القيمة ولا يرجع على
الورثة اذا وكل رجلا بعتق عبده ثم ان العبد جنى جناية ثم أعتقه الوكيل وهو يعلم بالجناية فالمولى ضامن لقيمة العبد ان لم يكن
عالما بالجناية وفي المنتقى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد اذا أوصى بعتق عبده ثم مات وقد كان أوصى الى رجل فجنى العبد جناية
بعد موت الموصي ثم أعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو مختار الدية في ماله وان لم يعلم فعليه القيمة وفي الظهيرية ولو قال لعبديه
وقيمة كل واحد منهما ألف أحدكما حر ثم قتل أحدهما انسانا خطأ ثم مات المولى قبل البيان وهو عالم بالجناية عتق من كل واحد
منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته ويجب على المولى قيمة العبد الجاني فيستوفى من جميع تركته ولا يصير مختارا للفداء بالموت
من غير بيان واحد من العبدين وفي التجريد ولو قتل العبد المغصوب في يد الغاصب ومات وقد كان جنى قبل الغصب جنايات فالقيمة
لأصحاب الجنايات ولا خيار للمولى في ذلك ولا يجوز اقرار العبد المأذون والمحجور عليه بالجناية ولا يسعى بعد العتق ولو أقر بعد العتق

انه كان جنى فى حالة الرق لم يلزمه شئ ولو قتل العبد قتيلا خطأ ثم قطعت يد العبد ثم آخر خطأ فأرش يده يسلم لاولياء الجناية الاولى
ثم يدفعه العبد فيكون بين ولى الجنايتين ولو اختلف المولى وولى الجناية فادعى المولى أن القتل كان قبل الجناية وادعى ولى الجناية
انه كان بعدها فالقول قول المولى ولو شج انسانا موضحة وقيمته ألف ثم قتل آخر وقيمته ألفان فان المولى يدفع بينهما على أحد
وعشرين سهما لصاحب الموضحة سهم وعشرون لولى القتيل وكذلك لو كان عمى بعد القتل قبل الشجة وما يحدث من الزيادة
والنقصان فهو على الشركة وفى العيون اذا أوصى بعتق عبده فجنى العبد جناية ارشها درهم فقالت الورثة بعد موت الموصى لا نفدى
فلهم ذلك فان ادركوا الفداء يدفع بالجناية وتبطل الوصية الا أن يؤدى العبد من غير ما اكتسبه بان يقول للانسان أدّ عنى درهما
فيفعل فيصح ويصير ذلك الدرهم دينا على العبد يطالب به اذا اعتق قال رحمه الله ﴿ولو عالما بها لزمه الارش كبيعه وتعليق عتقه
بقتل فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك﴾ يعنى لو أعتق عبده عالما بالجناية صار مختارا للفداء بهذا العتق لان الاعتاق يمنع من الدفع
فالاقدام عليه اختيار واذا أعتقه وهو يعلم بالجناية صار مختارا للفداء لما قلنا وهو المراد بقوله كبيعه يعنى لو باعه عالما بالجناية وعلى
هذين الوجهين الهبة والتدبير والاستيلاد لان كل واحد منهما يمنع من الدفع لزوال الملك والتمليك به بخلاف الاقرار لغيره بالعبد
الجانى على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولى الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لان الاقرار ليس
بتمليك من جهة المقر وانما هو اظهار الحق فيحتمل أن يكون صادقا بذلك فاذا لم يصر مختارا لا يلزمه الفداء وتندفع الخصومة عنه ان
أقام بينة انه للمقر له وان لم تقم فيقال له اما ان تفديه أو تدفعه فان فداه صار متطوعا بالفداء حتى لا يرجع به على المقر له اذا حضر
وصدقه انه له وان دفعه كان المقر له بالخيار اذا حضر ان شاء أجاز دفعه وان شاء فداه ولا فرق فى هذا المعنى بين ان تكون
الجناية فى النفس أو فى الاطراف لان الكل موجب للفداء فلا يختلف وكذا لا فرق فى البيع بين أن يكون باتا وبين أن يكون
فيه خيار المشترى لان الكل يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ثم نقضه أو العرض على البيع لان الملك لم يزل به
ولا يقال المشترى بالخيار اذا باع بشرط الخيار له يصير مختارا للاجازة به فوجب هنا أن يكون مختارا للفداء لانا نقول لو لم يكن
المشترى مختارا لالتزم منه ملك غيره وهنا لا يلزم ولانه يلزم فى البيع بيع الغرر وهنا لا يلزم ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا
للفداء حتى يسلمه لان الملك لا يزول الا به بخلاف الكتابة الفاسدة حيث يكون مختارا للفداء بها لان حكم الكتابة تعلق العتق
بأداء المال وفك الحجر عن العبد فى الحال وهو ثابت بنفس الكتابة ولا كذلك البيع الفاسد لان حكمه وهو الملك لا يثبت
الا بالقبض ولو كانت الكتابة صحيحة ثم عجز كان له ان يدفعه بالجناية ان كان ذلك قبل ان يقضى عليه بالقيمة وبعدها
لا يدفعه لتقرر القيمة بالقضاء ولو باعه من المجنى عليه كان مختارا للفداء بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له أخذه بغير عوض
وهو متحقق فى الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرنا لان فعل المأمور به ينتقل الى
الآمر ولو ضربه فنقصه كان مختارا بعد العلم لانه حبس جزأ منه فان أزال النقصان قبل القضاء بالقيمة كان له ان يدفعه
لزوال المانع من الدفع قبل استقرار القيمة ويصير مختارا بالاجارة والرهن فى رواية كتاب الاعتاق لانهما لازمان فيكون
عجزا فيه ما يعجز عن الدفع والاظهر أنه لا يصير مختارا بهما للفداء لانه لم يعجز عن الدفع لان له ان يفسخ الاجارة والرهن لحق المجنى
لتعلق حقه بعين العبد سابقا على حقهما فيفسخان صونا لحقه عن البطلان وكذا لا يصير مختارا بالاذن فى التجارة وان ركبه دين
لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا أن لولى الجناية أن يمتنع من القبول لان الدين لحقه من جهة المولى بعد ما تعلق به
حقه فلزم المولى قيمته ولو جنى جنايتين فعلم باحداهما دون الاخرى وتصرف به تصرفا يصير به مختارا للفداء فيما علم وفيما لا يعلم
يلزمه حصته من قيمة العبد وقوله كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان أو رميه وشجه ان فعل ذلك أى يصير مختارا ببيعه بعد العلم بها
وبتعليق عتقه بما ذكرنا من القتل والرمى والشج يصير مختارا كما يصير مختارا بالاعتاق بعد الاعلام بها وانما يصير مختارا بالتعليق
عند علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يصير مختارا كما لا يصير مختارا بالاعتاق بعد الاعلام بها وانما يصير مختارا بما ذكرنا لان أوان تكلمه
بالاجابة من العبد ولا علم للمولى بما سيوجد بعده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى انه لو علق الطلاق أو العتاق
بالشرط ثم حلف ان لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث بذلك فى يمينه فكذا هذا ولنا انه علق الاعتاق
بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز عنده فصار كما اذا أعتقه بعد الجناية ألا ترى ان من قال لامرأته اذا

دخل الدار فوالله لا أقربك أربعة أشهر يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا ان قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا ومات من ذلك يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد الدخول ووجود المرض بخلاف ما أورده لان عرضه طلاق أو عتاق يكره الامتناع عنه ولا يدخل تحته ما لا يكره الامتناع عنه ولا يحرضه على مباشرة الشرط فتعليق أقوى الدواعي الى القتل والظاهر أنه يفعل وهذا لانه الاختيار هنا ان علقه بجناية توجب المال كالخطأ وشبه العمد وان علقه بجناية توجب القصاص بان قال له ان ضربته بالسيف فانت حر ولم يجب على المولى شئ بالاتفاق لانه لا فرق بين العبد والحر في القصاص ولم يكن المولى مفوتا حق ولي الجناية بالعتق وكل فعل يجب الكفارة فيه يصير المولى مختارا كالقتل بالمباشرة وان لم تجب الكفارة فيه لا يصير مختارا وهو القتل تسببا كما لو وقع في بئر حفرها المولى لان الفعل تسببا ليس بقتل حقيقة لان القتل فعل في الحر ويؤثر في ازهاق الروح والتسبب ليس بفعل في الحر لانه لم يوصل الا الى الدية ولهذا لم يجب القصاص ولا يحرم الارث فلم يصر مستهلكا للعبد وبالقتل مباشرة صار مستدعيا العبد في كل موضع صار مستهلكا للعبد يضمن الفداء لما بينا ولو أخبره عبده بالجناية فاعتقه المولى وقال لم أصدقه فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يضمن الا ان يخبره رجلان أو رجل حر عدل وعندهما يضمن الدية وان كان المخبر فاسقا وكذا وقد مرت في الوكالة والشفعة ولو أقر لغيره فهو على قسمين وكل قسم لا يخلو اما ان كان الملك في العبد معروفا للمقر أو كان مجهولا أما القسم الاول فان أقر بالجناية أولا ثم بالملك أو على عكسه وأقر بالجناية ثم بالملك لغيره والملك في العبد معروف للمقر فان صدقه المقر له في الملك والجناية جميعا يقال للمقر له ادفع العبد أو افده لانه صح الاقرار لان حق المجني عليه لا يمنع نفوذ تصرف المولى لان حقه في الدفع أو الفداء وهو باق بعد الاقرار والثابت بالاقرار كالثابت بالبينة العادلة ومن ظهر الملك للمقر له بالاقرار ظهر ان الجناية صدرت من ملكه وان كان كذبه فيهما لا يكون المقر مختارا للفداء وان قيل ان صحة الاقرار لا تتوقف على تصديق المقر له ولهذا لو مات المقر قبل التصديق يصير المقر به ميراثا لورثته فتدل الى العبد عن ملكه بنفس الاقرار وهو عالم بالجناية فيصير مختارا قلنا ان صحة الاقرار لا تتوقف على التصديق والبطلان يتوقف على التكذيب واذا اتصل به التكذيب بطل من الاصل فلو صدقه في الملك وكذبه في الجناية صار المقر مختارا للفداء لان الاقرار بالجناية على العبد صادف ملكه في العبد فصح ثم اذا أقر بالملك لغيره وصدقه المقر له صار مزيلا للعبد عن ملكه فصار كما لو باعه أو وهبه أما القسم الثاني لو أقر بالملك أولا ثم بالجناية ان صدقه فيهما فالخصم هو المقر له وان كذبه فيهما فالخصم هو المقر وان صدقه في الملك وكذبه في الجناية هدرت الجناية لانه لما صدقه المقر في الملك ظهر أن اقراره بجناية العبد صادف فلا يصح اقراره بالجناية حتى كذبه المقر له فلم تثبت الجناية وكذلك ان كان العبد مجهولا لا يدرى أنه للمقر أم لغيره فاقر بالجناية أولا ثم بالملك أو بالملك أولا ثم بالجناية لان الملك ثابت للغير بظاهر اليد لا يستند الى دليل والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق واختيار الفداء فلم يصر مختارا للفداء بخلاف ما لو كان الملك له معروفا لان ملكه ثابت مستند الى دليل سوى ظاهر اليد فصلح حجة لاثبات ما لم يكن ولو قال كنت بعته من فلان قبل الجناية وصدقه فلان يخير المشتري بين الدفع والفداء لانه ثبت الملك بتصادقهما قال رحمه الله ﴿عبد قطع يد حر عمدا ودفع اليه فحرره فمات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يحرره رد على سيده ويقاد﴾ لانه اذا لم يعتقه وسرى ظهر ان الصلح كان باطلا لان الصلح وقع على المال وهو العبد عن دية اليد لان القصاص لا يجري بين الحر والعبد في الاطراف وبالسراية ظهر ان دية اليد غير واجبة وان الواجب هو القود فصار الصلح باطلا لان الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة كما لو وطئ مطلقته ثلاثا في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة في درء الحد وكذا هنا فوجب القصاص أقول فيه بحث وهو أنه اذا أراد أن البطلان لا يورث الشبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في نظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعا هنا لان الدافع لم يعلم ان القطع يسري فيكون موجبه القود بل ظن أن لا يسري وكان موجبه المال وان أراد ان الباطل لا يورث الشبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا ترى أنه اذا وطئ المطلقة ثلاثا في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن انها تحل له فانه يورث الشبهة فيدرأ الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود ويفهم ايضا من قوله مع العلم بحرمتها عليه وأما اذا أعتقه فقد قصد صحة الاعتاق ضرورة لان العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضي به جاز فكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها على العبد مقتضى الاقدام على الاعتاق والمولى أيضا ما خاصمه على هذا الوجه راضيا به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان راضيا بكونه عوضا

عن الكثير فإذا أعتقه صح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء وإذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء بالخيار إن شاؤا عفوا عنه وإن شاؤا قتلوه ذكره في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه اليه فأعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وإن لم يعتقه رد على مولاه وقيل للاولياء إما أن تقتلوا أو تعفوا عنه والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة ثم هذه المسئلة وهي مسئلة الصلح ترد اشكالا على قول أبي حنيفة فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هناك وفي هذه المسئلة قال يبطل الصلح ويجب القصاص فيما اذا لم يعتق العبد وإن أعتقه فالصلح باق على حاله فالجواب أما اذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر في مسئلة الصلح جواب القياس وما ذكر في مسئلة الصلح جواب الاستحسان فيكونان على القياس والاستحسان وقيل بالفرق بينهما ووجهه أن الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية ولا يبطلها لان الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى باستيفاء بدلها ولهذا لا يبطل الجناية وتوهم عليه عفو بها وهو القصاص أقول يرد عليه أنه إن أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع كيف ما كان وقد صرحوا في صدر كتاب الجنايات بأن موجب القتل العمد القود إلا أن يعفو الاولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في اسقاط موجب الجنايات وإن أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل يقرر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال وإن سقوطه بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فاذا لم تبطل الجناية لم يصح العفو إذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الاصل عدم امتناع العفو بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتي العفو والصلح والعفو أيضا لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل قبل العفو كما لا يخفى وأما العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع وإن بطل بالسراية الى النفس لكن بقيت شبهته لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد وأما اذا أعتقه فجوابه هو الفرق الذي ذكرناه أن العتق يحصل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى قولهما أيضا في الصورتين لانهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعلا كذلك بل أوجبا القصاص عليه اذا لم يعتقه وجعلاه صلحا مبتدأ اذا أعتقه وقد قدمنا مسائل سراية الجرح فلا نعيدها والله أعلم قال رحمه الله ﴿جنى مأذون مديون جناية خطأ فحرره سيده بلا علم عليه قيمتان قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية﴾ لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع على الاولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجناية أولا ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما اذا أتلفه أجنبي والمسئلة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى يحكم الملك في رقبته ولا يظهر حق الفريقين بالنسبة الى المالك لانه دون الملك فصار كأنه ليس فيه حق ثم الغريم أحق بتلك القيمة لانها مالية العبد والغريم متقدم في المالية على ولي الجناية لان الواجب أن يدفع اليه ثم يباع للغريم فكان مقدما معنى والقيمة هي المعنى فتسلم اليه وفي الفصل الاول كان التعارض بين الحقين وهما متساويان فيضمنهما فيظهران رقيد بعدم العلم لانه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لاوليائه وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم موجب الارش والاصل أن العبد اذا جنى وعليه دين خير المولى بين الدفع الى ولي الجناية والفداء فإن اختار الدفع الى ولي الجناية دفع ثم يباع في الدين فإن فضل شيء فهو لولي الجناية لانه بدل ملكه وإلا فلا شيء له وإن بدأ بالدفع جمعا بين الحقين لانه أمكن بيعه بعد الدفع ولو بدأ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لانه لم يوجد في يد المشتري جناية ولا يقال لا فائدة في الدفع اذا كان يباع عليه لانا نقول فائدته ثبوت استخلاص العبد لان ولي الجناية ثبت له حق الاستخلاص وللانسان اغراض في العين فاذا كان الواجب هو الدفع ولو أن المولى دفعه الى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا لانه فعل عين ما يفعله القاضي وفي القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه أو وهبه ولو دفعه الى أصحاب الدين صار مختارا للفداء كما لو باعه لانه ليس بواجب عليه بل الواجب عليه الدفع بالجناية أولا ولو أن القاضي باعه في الدين ببينة قامت عليه ثم حضر ولي الجناية ولم يفضل من الثمن شيء سقط حقه لان القاضي لا تلزمه العهدة فيما فعل ولو فسخ البيع ودفع الى ولي الجناية لاحتيج الى بيعه ثانيا لما ذكرنا فلا فائدة في الفسخ وقد قررنا هذه المسئلة بفروعها قال رحمه الله ﴿مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها في الدين وإن جنت فولدت لم يدفع الولد﴾ والفرق أن الدين متعلق برقبتها لان الدين عليها وهو وصف

لما حكي فيسري الى الولد لان الصفات الشرعية الثابتة في الاصل تسري الى الفروع كالملك والرق والحرية وأما الدفع في الجناية
فواجب في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع وقبل الدفع كانت رقبتها خالية عن حق الجناية وكذلك
لا يجري القصاص على الاولاد ولا الحد لانهما جزاءان مخصوصان كالدفع ولا يتبعه فيه فان قيل اذا كان الدين عليهما فلماذا يضمن
المولى اذا أعتقهما والانسان اذا أتلف المديون لا يضمن شيأ فلما وجب الضمان باعتبار تفويت ما تعلق به حقهم استيفاء لا باعتبار
وجوب الدين على المولى ألا ترى أنه يضمن القيمة لا غير ولو كان باعتبار الوجوب عليه يضمن كل الدين كالعبد الجاني اذا أعتقه
المولى بعد العلم بالجناية ولهذا يتبع الغريم بالفاضل العبد المديون بعد العتق ولو كان على المولى لما أتبعه كالعبد الجاني ولا يرد علينا
وجوب دفع الارش معها اذا جنى عليها قبل الدفع وأخذ المولى الارش لان الارش بدل جزئها وهو ولي الجناية متعلق بجميع أجزائها
فاذا فات جزء منها وأخلف بدلا تعلق به حقه كما اذا قتلت وأخلفت بدلا اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد وقوله بأذونة وليس
شرط السراية الى الولد ان يكون الولادة بعد لحوق الدين لانها اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف
الاكساب حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده لان لها يدا معتبرة في الكسب حتى لو نازعها فيه أحد كانت
هي الخصم فيه فباعتبار اليد كانت هي أحق به من سيدها فصار دينها بخلاف الولد فانه انما يستحق بالسراية وذلك قبل الانفصال
لا بعده كولد المكاتبة وولد أم الولد والمدبرة وكولد الاضحية لانها حقوق مستقرة في الرقبة حتى صار صاحبها ممنوعا عن التصرف
واذا جنى العبد جناية ثم أذن له المولى في التجارة فلحقه دين دفع بجنايته فان الدائن يتبعه فاذا بيع لهم رجع أولياء الجناية على
المولى بقيمة العبد وكذلك لو أقر عليه بدين ثم دفعه بجنايته في دينه ورجع أولياء الجناية بقيمته على المولى وذكر بعد هذا اذا
وجب الدين على العبد بيعه ثم أقر المولى عليه بجنايته خطأ أتبع العبد في الدين ولم يلتفت الى الجناية وفيه أيضا رجل في يده عبد
لا يدرى أنه له أو لغيره ولم يدع صاحب اليد أنه له ولم يسمع من العبد اقرار أنه عبد صاحب اليد الا أنه يقر بانه عبد حتى جنى هذا
العبد جناية وثبت ذلك بالبينة أو باقرار صاحب اليد ثم ان صاحب اليد أقر انه لرجل وصدقه المقر له بذلك وكذبه في الجناية
فان كانت الجناية ثابتة قيل للمقر له ادفع أو افده وان كانت الجناية باقرار الذي كان العبد في يده أخذ المقر له العبد وبطلت الجناية
ولم يكن على المقر من الجناية شيء وقد قدمناها بغير هذه العبارة قال رحمه الله ﴿عبد زعم رجل ان سيده حرره وقتل وليه خطأ
لا شيء له عليه﴾ معناه اذا كان العبد لرجل فزعم رجل ان مولاه أعتقه فقتل العبد خطأ ولي ذلك الرجل الذي زعم ان مولاه
أعتقه وليه ٧ ولا شيء له لانه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أقر أنه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق
الدية عليه وعلى العاقلة لانه حر فيصدق في حق نفسه فيسقط الدفع والفداء عن المولى ولا يصدق في دعواه الدية عليهم الا بحجة
وقال في النهاية وضع المسئلة فيما اذا جنى جناية ثم أقر المجني عليه أنه حرره قبل الدفع وجعل في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية
وهما لا يتفاوتان وكذا اذا أقر المجني عليه بعد الدفع اليه أنه حر لانه ملكه بالدفع وقد أقر له بحريته فيعتق عليه باقراره وصار
نظير من اشترى عبدا ثم أقر بتحريره مولاه قبل الدفع وفي الاصل جعل المسئلة على ثلاثة أوجه اما ان أقر ولي الجناية أن العبد
حر الاصل أو أقر أنه حر أو أقر ان مولاه أعتقه فان أقر أنه حر الاصل فلا ضمان لولي الجناية لا على العبد ولا على المولى وكذلك
الجواب اذا أقر أنه حر أو أقر ان مولاه أعتقه فاما اذا أقر انه أعتقه فان أقر به قبل الجناية فالجواب كالجواب فيما اذا أقر أنه حر
الاصل وان أقر انه أعتقه بعد الجناية فقد أقر ببراءة العبد وادعى على المولى الفداء ان ادعى انه أعتقه وهو عالم بالجناية وان
ادعى انه لم يكن عالما ادعى على المولى ضمان القيمة وأنكر المولى ما ادعى عليه من ضمان الفداء أو القيمة فيكون القول
قول المولى مع يمينه وعلى ولي الجناية اقامة البينة وفي المسئلتين الاوليين لا يدعي على المولى ضمانا فلا يكون بين ولي الجناية وبين المولى
خصومة ويكون العبد على حاله هذا اذا كان الاقرار من ولي الجناية قبل الدفع فاما اذا كان الاقرار من ولي الجناية وبين المولى
خصومة ويكون المولى بعد الدفع اليه أقر أنه حر الاصل أو أقر أنه حر لم يكن له على المولى سبيل ولا على العبد الا ان العبد يعتق
ولا يكون لاحد على العبد ولاء وان أقر انه كان أعتقه قبل الجناية فانه يحكم بحرية العبد لانه أقر بحريته والعبد في ملكه ويكون
ولاؤه موقوفا لانه لمولى العبد ومولى العبد يبرأ من ذلك وأقر بانه لولي الجناية فان زعم أنه أعتق من جهته فيكون ولاؤه موقوفا قال
رحمه الله ﴿قال معتق لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال بعد العتق فالقول للعبد﴾ معناه اذا أعتق العبد ثم قال لرجل بعد

العتق قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الرجل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان لما أنه أسند إلى العتق حالة معهودة
منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا كان رقه معروفا والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء فصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت
امرأتي وأنا صبي أو بعت داري وأنا صبي وقال طلقت امرأتي وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا وقد اتفقوا
على أصلين أحدهما أن الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان توجب سقوط المقر به والآخر أن من أقر بسبب الضمان ثم ادعى
ما يبرئه لا يسمع منه إلا بحجة فإن قيل إن العبد قد ادعى تاريخا سابقا في إقراره والمقر له منكر فينبغي أن يكون القول قوله وأجيب
بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد الوجوب كأن قال لها قطعت يدك لأصله وهنا هو منكر لأصله فصار كمن يقول لعبده أعتقتك قبل
أن تخلق أو قبل أن أخلق قال رحمه الله ﴿وإن قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت بعد العتق فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها
إلا الجماع والغلة﴾ وهذا عندهما وقال محمد لا يضمن إلا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناد الفعل
إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى وكما في الوطء والغلة وفي القائم أقر لها بالملك حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها
وهي تنكر والقول قول المنكر ولهذا يؤمر بالرد عليها ولهما أنه أقر بسبب ظاهر ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال
لغيره أذهبت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل أذهبتها وعينك اليمنى مفقوءة كان القول قول المقر له وهذا
إذا لم يسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه لا يضمن يدها إذا قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب
العقر وإذا أخذ من غلتها وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان في حقها أي
في حق الغلة والوطء وعلى هذا الخلاف لو قال رجل لرجل حربي أسلم أخذت مالك وأنت حربي فقال بل أخذته بعدما أسلمت
وفي العناية ومثلها مسألة الحربي وصورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان فأخذ مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرجا إلينا فقال المسلم أخذت
منك وأنت حربي وقال الحربي الذي أسلم أخذت مني وأنا مسلم فالقول للحربي على الخلاف المتقدم اهـ وعلى هذا الاختلاف
إذا قال أخذت منك ألف درهم من كسبك وأنت عبدي وقال العبد لا بل أخذته بعد العتق وعلى هذا الخلاف ما إذا أسلم الحربي
أو صار ذميا فقال له رجل مسلم قطعت يدك وأنت حربي وأخذت كذا وكذا وأنت حربي في دار الحرب وقال الحربي لا بل فعلت
بعدما أسلمت أو قال بعدما صرت إلى دار الإسلام فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف القول قول الحربي والمسلم ضامن وعلى قول محمد
وزفر القول قول المسلم ولا ضمان عليه وإذا أسلم الحربي فقال لرجل مسلم قطعت يدك وأنا حربي في دار الحرب وقال المسلم فعلت ما فعلت
وأنت في دار الإسلام وذكر في كتاب الإقرار من الأصل أنه على هذا الخلاف وأجمعوا على أنه إذا قال لجارية قد أعتقها وطئتك
قبل العتق وقالت الجارية لا بعد العتق أن القول قول المولى ولا ضمان عليه وأجمعوا على أن من أعتق عبده فقال العبد لرجل آخر
قطعت يدك وأنا عبد وقال ذلك الرجل لا بل بعدما أعتقت أن القول قول المقر ولا ضمان عليه قال رحمه الله ﴿عبد محجور أمر صبيا
حرا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبي﴾ لأن الصبي هو المباشر للقتل وعمده وخطؤه سواء تجب على عاقلته ولا شيء على العبد
الآمر وكذا الحكم إذا أمره بذلك صبي والأصل أن الأمر بما لا يملكه الآمر إذا لم يعلم المأمور بفساد الأمر صحيح في حق الآمر
والمأمور حتى يثبت للمأمور الرجوع عن الآمر إذا لحقه غرم في ذلك بيان ذلك أمر رجلا بأن يذبح هذه الشاة وهي لجاره ولم يعلم
المأمور بذلك فإنه يصح الأمر في حقهما حتى إذا ضمن الذابح للجار قيمة الشاة رجع بها على الآمر فإن علم أن الشاة لغيره وهو حر
بالغ لا يصح الأمر حتى لا يرجع بما لحقه من غرم لأنه لم يصر عاملا للآمر وإن كان المأمور صبيا يصح الأمر سواء كان عالما بفساد
الأمر حتى لا يرجع بما لحقه من غرم أو لا لنقصان عقل ويلحق به المجنون وأما مسألتنا فالأصل أن الصبي مؤاخذ بضمان الأفعال
دون الأقوال فيما يتنوع إلى صحيح وفاسد [illegible] من أهله في محله النوادر أمر صبيا بقتل دابة أو بخرق ثوب أو بأكل
طعام لغيره فالضمان على الصبي في ماله ويرجع بذلك على الآمر ولو أمر الصبي العبد ففعل لم يضمن الصبي ولو أمر الحر البالغ بذلك
فالضمان على الفاعل وفي المحيط لو قال اقتل ابني أو اقطع يده أو اقتل أخي فقتله اقتص من القاتل قياسا وتجب الدية استحسانا
ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لأن عدم الاعتبار كان لحق المولى لا لنقصان
أهلية العبد وقد زال حق المولى بالإعتاق بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية وفي شرح الزيادات لا ترجع العاقلة على العبد أيضا أبدا
لأن هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر إيجابه على المولى لما كان على العبد الحجر وهذا أوفق للقواعد ألا ترى أن

العبد اذا أقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شيء لكونه أسنده الى حالة منافية للضمان على ما بينا قبل هذا وهذا لو حفر العبد بئرا واعتقه مولاه ثم وقع فيها انسان فهلك لا يجب على العبد شيء وانما يجب على المولى فيجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها ألف نفس فيقسموها بالحصص قال رحمه الله ﴿وكذا ان أمر عبدا﴾ معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور أيضا عبدا محجورا عليهما فيخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الآمر في الحال ويرجع بعد العتق بالاقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وعلى قياس ما ذكره العتابي لا يجب عليه شيء لما بينا وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ على ما بينا وأما اذا كان كبيرا يجب القصاص لانه من أهل العقوبة ولو أمر رجل حر صبيا حرا فالدية على عاقلة الصبي لانه المباشر ثم ترجع العاقلة على عاقلة الصبي لانه المتسبب اذ لولا أمره لما قتل لضعف فيه ولا يقال كيف تعقل عاقلة الرجل ما لزم بسبب القتل فينبغي أن يكون كالاقرار لانا نقول هذا قول لا يحتمل الكذب وهو سبب فيعقله بخلاف الاقرار بالقتل لانه يحتمل الكذب فلا تعقله العاقلة ولو كان المأمور عبدا محجورا عليه كبيرا أو صغيرا يخير المولى بين الدفع والفداء وأيهما اختار يرجع بالاقل على الآمر في ماله لان الآمر صار غاصبا للعبد بالامر كما اذا استخدمه وضمان الغصب في ماله لا على العاقلة وان كان المأمور حرا بالغا عاقلا فعلى عاقلته الدية ولا ترجع العاقلة على الآمر بحال لان أمره لم يصح ولا يؤثر وهو أيضا يأتمر بمثله لا سيما في الدم وان كان الآمر عبدا مأذونا له في التجارة كبيرا كان أو صغيرا والمأمور عبدا محجورا عليه أو مأذونا يخير مولى المأمور بين الدفع والفداء وأيهما فعل رجع على العبد المأذون له لان هذا ضمان غصب وانه من جنس ضمان التجارة لانه يؤدي الى تملك المضمون باداء الضمان والمأذون له يؤاخذ بضمان التجارة بخلاف ما اذا كان المأمور حرا حيث لا ترجع عاقلة المأمور على الآمر في الحال ولا بعد الحرية لعدم تحقق الغصب في الحر ولو كان المأمور صبيا حرا مأذونا له في التجارة فحكمه حكم العبد المأذون له حتى يرجع عليه فيما اذا كان المأمور عبدا لتحقق الغصب فيه ويكون ذلك في ماله دون العاقلة لانه ليس بضمان جناية وانما هو ضمان تجارة ولا ترجع عليه اذا كان المأمور حرا لعدم تصور الغصب فيه فصار الصبي الآمر في حقه كالصبي المحجور ولو كان الآمر مكاتبا صغيرا كان أو كبيرا والمأمور صبي حر تجب الدية على عاقلة الصبي وترجع العاقلة على المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدية لان هذا حكم جناية المكاتب بخلاف الدين فان حكم جنايته على المولى فيجب عليه ان أمكن والا سقط على ما بينا وان عجز المكاتب بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة بيع رقبته الا ان يفدي المولى بدينهم والقياس ان يبطل حكم جنايته وهو قول أبي حنيفة لانه بالعجز صار رقيقا وأمره لا يصلح جناية ولان ما قضى عليه بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته لان حكم جنايته انما يصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد وان عجز بعد ما أدى كل القيمة لا يبطل وان كان المأمور عبدا يخير مولاه بين الدفع أو الفداء ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور الا اذا كانت قيمته أكثر من الدية فينقص عشرة دراهم وفي اشكال وهو ان سائل ان هذا ضمان الغصب فعنيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف ينقص عشرة دراهم كضمان الجناية فجوابه هذا الغصب ولكن يحصل بسبب الجناية فاعتبرناها في حق التقدير وان عجز المكاتب فمولى المأمور يطالب مولى المكاتب بيعه لان ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب وان أعتق المولى المكاتب فالمأمور بالخيار ان شاء رجع بجميع قيمة المأمور على المعتق وبالفضل على المعتق لانه ضمان غصب فلا يبطل بالاعتاق وان شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق الى تمام قيمة المأمور وان كان المأمور مكاتبا يجب على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الآمر لانه تعذر أن يجعل ضمان غصب لان المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان أو كبيرا لان المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل ان كان مأمورا فيبدأ بقوله عجز لانه لو جنى قبل العجز لا يباع بل يخير المولى قال في المحيط مكاتب جنى جنايات او واحدة كان على المولى الاقل من قيمته ومن ارش الجنايات لان المكاتب مملوك رقبة حر يدا مطلقا وتصرفا فباعتباره انه مملوك رقبة تكون جنايته على المولى وباعتبار انه حر يدا وكسبا يجب ان يكون موجب جنايته عليه على أنا كتابه حق له وقد تعذر دفعه بموجب الجناية فيجب عليه الاقل من القيمة ومن الارش وان تكررت الجنايات قبل القضاء لزمه قيمة واحدة ولو جنى فقضى عليه ثم جنى أخرى تقضى عليه بقيمة أخرى خلافا لابي يوسف ولو قتل رجلا ولم يقض عليه حتى عجز وعليه دين دفع بالجناية ثم يباع في الدين وان فداه بيع بالدين ولو مات عن مال قضي في ماله بالجناية ثم بالكتابة ثم بالارث لانه مات عن وفاء فلا تنفسخ الكتابة



وإن كان عليه دين وجناية فقضي عليه بالجناية فالدين والجناية سواء لأن الجناية صارت دينا بالقضاء وإن لم يقض بالجناية فحكم ما تقدم مكاتبة جنت ثم ولدت ولم يقض دفعت وحدها ولو قضي عليها ثم ولدت بيعت فإن وفى ثمنها بالجناية وإلا بيع ولدها لأن الولد المولود في الكتابة حكمه حكم أمه ولو كاتب نصف أمته ٧ جنى أحدهما على صاحبه لزم الجاني الأقل من قيمته ومن نصف الجناية وجناية عبد المكاتب كجناية عبد الحر ولو جنى المكاتب على مولاه أو على عبد مولاه أو على ابن مولاه كانت الجناية عليهم كالجناية على غيرهم لأن جناية المكاتب عليهم معتبرة وإذا كان مكاتب بين اثنين يعتبر كل نصف منه على حدة في الأحكام المتقدمة بناء على أن الكتابة تتجزأ ولو كانت أمة مشتركة فكاتبها أحدهما بغير إذن شريكه فولدت وكاتب الآخر نصيبه من الولد ثم جنى الولد على الأم أو الأم عليه لزم كل واحد منهما الأقل من أرباع قيمة المقتول عند الإمام ولو أقر المكاتب بالجناية المبسوط أصله أن المكاتب في حق جناية توجب المال بمنزلة الحر لأنه استيجاب المال على نفسه والمكاتب من أهل استيجاب المال على نفسه بخلاف العبد لو أقر بجناية توجب المال لا يصح لأن موجبها يجب على مولاه فيجعل مقرا على مولاه فلم يصح وإذا أقر المكاتب بجناية عمدا أو خطأ لزمه لأنه في حق الجناية ملحق بالحر ولو قضي عليه بجناية خطأ ثم عجز هدر موجبه عند أبي حنيفة وعندهما يؤخذ ويباع فيها بناء على أن المكاتب لو أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به ولو عجز عنده وصار دينا عليه أولا وعندهما يؤاخذ به إذا صار دينا عليه بالقضاء ولو أعتق ضمن قضي به أولا وكذلك لو صالح ولي العمد وقد أقر به ثم عجز هدرت عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يباع فيه لأن القصاص بعد الصلح صار موجبا للمال وأصل الجناية ثبت بإقراره ومن أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به بعد العجز عند أبي حنيفة وعندهما يؤاخذ به إذا صار دينا عليه بالصلح ولو أقر الولد على أمه بجناية لم يثبت فإن ماتت الأم لزمه الأقل من الدين والكتابة لأن الفاضل من الدين الموروث يكون له فمقدار الفضل من دينه جعل مقرا على نفسه وصار كالحر إذا أقر على مورثه بدين ثم مات المورث وعليه دين صح الإقرار بالفاضل من دينه فكذا هذا وإذا عجز بعد ذلك لم يلزمه لأنه صار قنا وإن كان أدى ثم عجز لا يسترد من المقر له لأن إقراره بذلك قد صح ولو أقرت الأم على ابنها بجناية ثم قتل الابن خطأ وأخذت قيمته قضي بما أقرت في القيمة لأن بدل الولد يكون للأم ككسبه وصارت مقرة على نفسها وكذلك لو أقرت على ابنها بدين وفي يده مال ولا دين عليه جاز إقرارها بالدين في كسبه لأن كسب ولدها لها فصارت مقرة على نفسها عبد بين رجلين فقأ العبد عين أحدهما ثم جرحه ثم كاتب المفقوءة عينه نصيبه منه ثم جرحه جرحا آخر فمات منها سعى المكاتب في الأقل من نصف القيمة وربع الدية وعلى المولى الذي لم يكاتب نصف قيمة العبد لورثة المقتول لأنه قتل بجنايتين لأنه جنى عليه قبل الكتابة وبعدها فما تلف بالجناية قبل الكتابة وهو الربع هدر لأنه جناية عبد على مولاه وما تلف بالجناية بعد الكتابة وهو الربع معتبر لأنه جناية مكاتب على مولاه فيضمن المكاتب الأقل من نصف قيمته ومن ربع الدية لأنه لما هدرت الجناية قبل الكتابة صار كأنه جنى نصف المكاتب على ربع مولاه لا غير وأما نصف الساكت فلأنه قتل الحر بجنايتين لأنه جنى عليه قبل الكتابة وبعدها فما تلف بالجناية قبل الكتابة وهو الربع هدر لأنه جناية عبد الغير على أجنبي فيضمن الساكت نصف القيمة ما لم يصل إليه نصيبه بضمان أو سعاية لأن قيمة نصيبه بالكتابة وجبت على المكاتب حال حياته فما لم يصل إليه حقه من تركته لا يلزمه أيضا نصف القيمة عبد بين رجلين جنى على أحدهما ثم باع الآخر نصف نصيبه من المجني عليه وهو يعلم بالجناية ثم جنى عليه بجناية أخرى ثم إن الذي باع نصفه اشترى الربع وكاتب المجني عليه نصيبه منه ثم جنى عليه ثلاث جنايات ثم أدى الكتابة وعتق ثم مات المولى من الجنايات وعلى المكاتب بجنايته وهو مكاتب الأقل من نصف قيمة العبد ومن سدس وربع سدس الدية لأن نصف المكاتب قتل نصف الحر بثلاث جنايات جنايتان قبل الكتابة وهما مهدرتان لأنهما جناية عبد على مولاه وجناية بعد الكتابة وهي معتبرة لأنها جناية المكاتب على مولاه فالمهدرتان صارتا كجناية واحدة لأن حكمهما واحد فبقيت جنايتان أحدهما مهدرة والأخرى معتبرة فيضمن المكاتب ربع الدية وأما نصف الساكت فربعه المبيع قتل ربع الحر بثلاث جنايات جناية قبل البيع وهي معتبرة لأنها جناية مملوك على مولاه وجناية بعد الكتابة وهي معتبرة لأنها جناية مملوك على أجنبي فسهمان من هذا الربع مضمون وسهم مهدر وصار كل ربع على ثلاثة أسهم والكل على اثني عشر والربع الذي لم يبعه قتل ربع الحر بثلاث جنايات جناية قبل البيع وقد تلف بها سهم من الحر وقد صار المولى مختارا لذلك السهم من الدية بالبيع وجناية بعد البيع وجناية بعد الكتابة وهما معتبرتان لأنهما جناية مملوك على أجنبي فهاتان الجنايتان حكمهما واحد ويعتبران كجناية

٧ هكذا بالنسخ ولعل صوابه عبده وليتأمل اهـ مصححه

واحدة فصار كأن هذا الربع جنى جنايتين فصار المولى مختاراً للفداء ونصف من النصف الذي لا ساكت فيكون سدساً وربع سدس من اثني عشر ولم يصر مختاراً للسهمين ونصف سهم وله نصف من الربع وسهمان من الربع الذي باعه وهو هدر له فسدس الدية وذلك سهم من اثني عشر ولو قطع يد رجل ثم باعه أحدهما من صاحبه وهو يعلم ثم استرداه فقطع يد آخر وفقأ عين الأول فما قيل للمشتري ادفع نصفك إليهما نصفين أو افده بعشرة آلاف بينهما وقيل للبائع افد الأول ربع الدية أو ادفع نصفك إليهما أثلاثاً ثلثه للأول وثلثه للثاني أو افده من الأول ربع الدية ومن الثاني نصف لأن النصف الذي لم يبع قبل نصف كل واحد منهما الآن نصف أحدهما جنايتين الأخرى جناية واحدة وكلاهما مشتركان فيخاطب بالدفع أو الفداء والنصف الذي باع فقتل نصف كل واحد منهما الآن نصف أحدهما جنايتين جناية قبل البيع وهي القطع وقد صار مختاراً للبيع الذي تلف بهذه الجناية بالبيع فعليه ربع الدية وجناية بعد البيع وهي الفقء ولم يصر مختاراً لما تلف بهذه الجناية فتبقى في نصيبه ربع دية أحدهما ونصف دية الآخر فيدفع نصفه إليهما أثلاثاً أو الفداء كذا في المحيط قال رحمه الله ﴿عبد قتل رجلين عمداً ولكل وليان فعفا أحد وليي كل منهما دفع سيده نصفه إلى الآخرين أو فداه بالدية﴾ أي للمولى الخيار إن شاء دفع نصف العبد إلى الذي لم يعف من وليي القتيلين وإن شاء فداه بدية كاملة لأن كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فإذا سقط القصاص وجب أن ينقلب كله مالاً وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفاً ودفع العبد غير أن نصيب العافين سقط مجاناً فانقلب نصيب الساكتين مالاً وذلك دية كل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما كذا ذكر الشارح قال في المحيط عبدان التقيا ومع كل واحد عصا فاضطربا وشجّ كل واحد الآخر ولا يرجعان بشيء سوى ذلك لأن كل واحد منهما ملك عبده من صاحبه ولا يفيد التراجع لأنه لو رجع أحدهما لرجع الآخر لأن حق كل واحد منهما ثبت في رقبة كاملة فما أخذ أحدهما من صاحبه فذاك بدل الآخر وتعلق به حقه فلا يفيد الرجوع وإن اختار الفداء فدى كل واحد بجميع أرش جنايته لأنهما لما اصطلحا معاً فقد فدى كل واحد منهما على عبد صحيح فتعلق حق كل واحد من الموليين بعبد صحيح فيجب بدل عبد صحيح وإن سبق أحدهما بالضرب تخير مولى البادئ لأن البداية من مولى اللاحق لا تفيد لأن حق اللاحق في عبد صحيح كامل الرقبة فإذا دفع إلى البادئ عبده مشجوجاً كان للاحق أن يسترده منه فكان دفعه مفيداً فإن دفعه فالعبد للمدفوع إليه ولا شيء للدافع لأنه لو رجع البادئ بشيء كان للمدفوع إليه أن يرجع عليه ثانياً لأن حقه في رقبة عبد صحيح فلا يفيد رجوع البادئ وإن فداه خير مولى اللاحق بين الدفع والفداء لأنه برئ عبد البادئ عن الجناية بالفداء وصار كأنه لم يجن وإن جنى عليه العبد اللاحق فإن مات البادئ كانت قيمته في عنق الثاني يدفع بها أو يفدي فإن فداه بقيمة الميت رجع في تلك القيمة بأرش جراحة عبده وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه البادئ والبادئ إن مات فالقيمة قائمة مقامه لأنه حي قائم وإن دفعه رجع بأرش شجة عبده في عنقه ويخير المدفوع إليه بين الدفع والفداء لأن المدفوع قام مقام الميت الشاج وإن مات العبد القاتل خير مولى العبد البادئ فإن فداه أو دفع بطل حقه في شجته لأنه حين شج اللاحق البادئ كان اللاحق مشجوجاً فثبت حق مولى البادئ في شجة عبده ولو مات البادئ من شيء آخر سوى الجناية وبقي اللاحق خير المولى ويقال له إذا شئت ادفع واعف عن مولى اللاحق ولا سبيل لواحد منهما على الآخر وإن شئت ادفع أرش شجة اللاحق وطالبه فإن دفع إلى صاحبه أرش عبده رجع بأرش جناية عبده فيدفع مولى اللاحق عبده أو يفديه أما العفو فلأنه مولى البادئ بجنايته وإذا دفع كان لمولى اللاحق أن يطالبه بأرش شجة عبده وكان لمولى البادئ أن يدفع إليه العبد المدفوع ثانياً ليبرأ عن حقه فلا يفيد الدفع وإنما دفع أرش شجة اللاحق لأنه متى دفع أرش عبد اللاحق فقد طهر البادئ عن الجناية وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه العبد اللاحق فيخاطب مولى اللاحق بالدفع أو الفداء وأي ذلك اختار لا يبقى لواحد منهما على صاحبه سبيل لأنه وصل إلى كل واحد منهما حقه وإن أبى مولى البادئ أن يدفع الأرش فلا تعلق له في عنق الحر لأن مولى البادئ كان مخيراً بين العفو وبين دفع الأرش والمطالبة بشجة عبده فإذا امتنع من دفع الأرش صار مختاراً للعفو وصار كأنه قال عفوت لك عن حقي فبطل حقه ولو مات اللاحق وبقي البادئ خير مولاه فإن دفعه بطل حقه وإن فداه بأرش فداه عبده في الفداء لأن البادئ طهر عن الجناية فلا يكون لمولى اللاحق أن يسترجع منه الأرش ثانياً فأما الدفع لم يطهر عن الجناية فبقي حق مولى اللاحق متعلقاً بما فات بالشجة من العبد البادئ والعبد المدفوع بدله فيتعلق حقه ببدله ولو رجع مولى البادئ بأرش شجته كان لمولى اللاحق أن يسترجع منه

لأن حقه كان متعلقا بالعائد من الفائت البادئ ولا يفيد الرجوع ولو رتبا ثم قتل البادئ اللاحق جريحا كان في عنق البادئ أرش اللاحق وقيمته ويخير بين دفعه وفدائه فإن دفعه ولا شيء له غيرهما وإن فداه فداه بأرش الشجة وقيمة المقتول لأن البادئ شج اللاحق ثم قتله مشجوجا فيلزمه أرش الشجة وقيمته مشجوجا متى اختار الفداء ويسلم أرش شجة المقتول لمولاه خاصة ويكون أرش شجة الحي في هذه القيمة يأخذه مولاه منها وما بقي لمولى المقتول لأن حق مولى البادئ ثبت في حق اللاحق وهو مشجوج لأنه جنى على البادئ وهو مشجوج فيأخذ من قيمته مشجوجا أرش شجة البادئ فإن فضل منه شيء يكون لمولى اللاحق لأنه بدل عبده وقد فرغ عن حق الغير ولو قتل البادئ اللاحق فإن لم يطلب ولي المقتول الجناية لم يكن لأحدهما على صاحبه شيء لأن مولى المقتول يخير بين العفو والفداء بأرش الشجة الثانية وإن طلب الجناية بدأ بعبده بأرش الحي ثم خير مولى الحي بين أن يدفع عبده أو يفديه بقيمة المقتول ويسلم ذلك لولي المقتول لأن العبد اللاحق قتل البادئ مشجوج فيخير مولاه بين دفعه وفدائه بقيمته مشجوجا وأي ذلك فعل لا حق لأحدهما على صاحبه سبيل لأنه وصل إلى كل واحد منهما حقه ولو قتل أحدهما صاحبه بعدما برئا ولا يعلم البادئ بالشجة خير مولى القاتل لأنه تعذرت البداءة بالبادئ للجهالة ولو تعذرت البداءة بسبب موت البادئ تعذر القتل وكذا هذا فإن دفع عبده كان له نصف أرش شجة المقتول وعلى قيمته مشجوجا فيأخذ الذي دفعه من حصته قيمته مشجوجا من العبد المدفوع أو يفديه لأن القاتل بالدفع قام مقام المقتول لحما ودما فصار كأن المقتول بقي حيا ولولاه يرجع بنصف أرش شجة عبده متى اختار الدفع وكذا إذا دفع بدله وإن اختار مولى القاتل فداه بقيمة المقتول صحيحا لأن القاتل هو البادئ بالشجة شج عبدا صحيحا ثم قتله فعليه قيمة عبد صحيح وإن كان القاتل هو اللاحق فقد شج البادئ وهو صحيح ثم قتله كان على المولى القاتل أن يفدي عبده بقيمة المقتول صحيحا ويرجع بأرش الشجة في الفداء بعدما يدفع إلى مولى العبد المقتول نصف أرش شجته لأن القيمة قامت مقام المقتول ولو كان المقتول حيا وقد شج كل واحد منهما صاحبه ولا يعلم البادئ منهما يرجع كل واحد منهما بما دفع إلى صاحبه بنصف أرش شجة عبده والمدفوع إليه يتخير بين الفداء وبين ما يخص نصف أرش الشجة من العبد المدفوع إليه وكذا تركته قال رحمه الله ﴿وإن قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد ولي العمد فدى بالدية لولي الخطأ وبنصفها لأحد ولي العمد﴾ لأن حقهما في الدية عشرة آلاف وحق ولي العمد في القصاص فإن عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا وهو نصف الدية خمسة آلاف فإذا فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة آلاف لولي الخطأ وخمسة آلاف لغير العافي من ولي العمد وإن دفعه إليهم أثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه للساكت من ولي العمد بطريق العول لأن حقهم في الدية كذلك فيضرب وليا الخطأ بعشرة آلاف ويضرب غير العافي من ولي العمد بخمسة آلاف وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يدفعه أرباعا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لولي الخطأ وربعه لغير العافي من ولي العمد لأن نصفه سلم لولي الخطأ بلا منازعة فاستوت منازعتهم في النصف الآخر فينتصف فإن قيل ينبغي أن يسلم للمولى ربع العبد في هذه المسألة وهو نصيب العافي من ولي العمد ويدفع ثلاثة أرباعه إليهم تقسم بينهم على قدر حقوقهم كما سلم له النصف وهو نصيب العافيين قلنا لا يمكن ذلك هنا لأن لولي الخطأ استحقاق كله ولم يسقط من حقهما شيء وهذا لأن حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة في المسألتين غير أنه لما عفا ولي كل قتيل سقط حق العافيين على الرقبة في المسألة الأولى وخلى نصيبهما عن حقهما وصار ذلك للمولى وهو النصف بخلاف ما نحن فيه فإن حق ولي الخطأ ثابت في الكل على حاله وكانت الرقبة كلها مستحقة لهما والنصف لغير العافي من ولي العمد فإذا اجتمعا في رقبة يقسم بينهما كلها على قدر حقوقهم بطريق العول والمنازعة ولهذه المسألة نظائر ذكرناها في كتاب الدعوى من هذا الكتاب بأصولها الذي ينشأ منها الخلاف بتوفيق الله تعالى ولا نعيدها ولم يتعرض المؤلف لما إذا جنى القن على الغاصب ونحن نذكر ذلك تتميما للفائدة قال في الجامع الصغير غصب عبدا فقتل عند الغاصب عمدا رجلا ثم رده إلى مولاه فقتل عنده رجلا آخر خطأ فاختار المولى دفعه بالجنايتين فإنه يكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفعه إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع به على الغاصب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر لا يرجع ذلك إلى ولي الجناية الأولى ولو كان العبد جنى عند المولى أولا ثم غصبه الغاصب ثم رد الغاصب العبد على المولى ودفعه المولى بالجنايتين جميعا رجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفعها إلى ولي القتيل ولا يرجع بذلك مرة أخرى على الغاصب في قولهم جميعا ما دفعها إلى ولي

القتيلين فيكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفعها الى ولي القتيل وكذلك لو كان مكان العبد مدبر كان الجواب فيه كالجواب في العبد من الوفاق والخلاف وصورته رجل غصب مدبر رجل وقد كان المدبر قتل قتيلا خطأ عند المولى فقتل قتيلا آخر عند الغاصب ورد الغاصب المدبر على المولى فعلى المولى قيمة المدبر بين ولي القتيلين نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف قيمة المدبر ولا يرجع بجميع قيمة المدبر فاذا رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة فان لولي القتيل الاول أن يأخذ ذلك من المولى عندهم جميعا ولو كان جنى أولا عند الغاصب وجنى ثانيا عند المولى وحضر المولى قيمته ورجع على الغاصب بنصف قيمته هل يسلم ذلك للمولى فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول لا يسلم وعلى قول زفر يسلم قال في الاصل واذا غصب الرجل عبدا من رجل فقتل عنده قتيلا خطأ ثم اجتمع المولى وأولياء القتيل فان العبد يرد على مولاه واذا رد عليه العبد يقال له ادفع أو افد فان دفع أو فداه رجع على الغاصب بالاقل من قيمة العبد ومن الارش وان كان زاد عند الغاصب زيادة متصلة واختار الدفع فانه يدفع العبد مع الزيادة سواء حدثت الزيادة قبل الجناية أو بعدها ثم لا يرجع المولى على الغاصب بقيمة الزيادة وان استحقت الزيادة بسبب أحدثه العبد عند الغاصب ولو هلكت الزيادة من حيث القيمة لا يضمنها الغاصب هذا اذا زاد العبد في يد الغاصب فان اعور العبد في يد الغاصب وقد جنى عنده جناية فهو على وجهين أما ان اعور بعد الجنايتين أو قبل فان اعور بعد الجناية وقد اختار المولى الدفع فانه يدفعها الى ولي الجناية ثم يرجع المولى على الغاصب ثانيا بنصف قيمة العبد صحيحا حين جنى وكل له قيمة العبد وان اعور قبل الجناية واختار المولى الدفع فانه يدفع العبد أعور ثم يرجع بقيمة العبد صحيحا على الغاصب فاذا أخذ ذلك سلم له ولم يكن لولي الجناية أن يأخذ منه شيئا العبد المغصوب اذا جنى على مولاه بجناية موجبة للمال بان قتله خطأ أو جنى على رقيقه خطأ أو على ماله بان أتلف شيئا من ملكه قال أبو حنيفة انه تعتبر جنايته حتى يضمن الغاصب قيمة العبد المغصوب لمولاه الا أن يكون الارش أو قيمة العبد المتلف أقل من قيمة العبد المغصوب وقال أبو يوسف ومحمد بان جناية المغصوب على مولاه وعلى رقيقه وعلى ماله هدر فاما العبد المرهون اذا جنى على الراهن أو على ماله هل تعتبر جنايته قالوا ذكر هذه المسئلة في كتاب الرهن وقال تهدر جنايته ولم يذكر فيه خلافا الا ان المشايخ قالوا ما ذكر في كتاب الرهن انه هدر على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى فاما على قول أبي حنيفة تعتبر على الراهن بقدر الدين كما تعتبر جناية المغصوب جانيا على العاصب وعلى رقيقه هذا اذا جنى المغصوب على مولاه أو على مال مولاه فاما اذا جنى على الغاصب أو على رقيق الغاصب جنايته موجبة للمال قال أبو حنيفة انه لا يعتبر فيكون هدرا حتى لا يخاطب مولى العبد بالدفع أو الفداء وكذلك على هذا الاختلاف للعبد المرهون اذا جنى جناية على المرتهن أو على ماله فعلى قول أبي حنيفة لا تعتبر الجناية بقدر الدين وقال أبو يوسف ومحمد بان يعتبر الحر والعبد ان اذا تصارعا وتشاجرا في السوق فجرح حر على عبد وجنى العبد على رجل آخر وعلى الجاني فاختار مولاه الدفع ثم اختلفا فقال المولى جنى على عبدي أولا فارشه لي ودية المدفوع اليه فالقول للمولى مع يمينه لان الحر المجني عليه لما ادعى ان البادئ بالجناية هو العبد فقد ادعى على المولى شيئين العبد وأرش العبد مع اختيار دفع العبد اليه لانه ادعى أن حقه ثبت في عبد صحيح اليدين لان العبد لما بدأ نقطع يد الحر كانت يداه صحيحة فاذا تعلق حقه بيد العبد تعلق بيدها أيضا والمولى أقر له بالعبد وأنكر الارش فيكون القول له فصار كما لو تصادقا على أن البادئ في الجناية هو الحر لان الثابت بقول من جعل له شرعا كالثابت بالتصادق ومتى تصادقا ان البادئ بالجناية هو الحر ضمن نصف قيمة العبد والمولى يخير بين الدفع والفداء وله ان يدفع العبد دون الارش لان حق المجني عليه تعلق بعبد مقطوع اليد فاما مقطوع اليد ولا يتعلق بيدها وهو الارش وان تصادقا انهما لا يعلمان البادئ منهما بالجناية ضمن الحر الجاني قيمة العبد والمولى ان اختار الدفع يدفع العبد ونصف أرش يده لان كل واحد منهما يجوز ان يكون بادئا بالجناية ويجوز أن يكون لاحقا فان كان الحر هو البادئ فليس على المولى الا دفع العبد وان كان العبد هو البادئ فعلى المولى دفع العبد مع أرش يده للحر أرش اليد في حاله وليس له ذلك في حاله فيجب ان يصرف الارش حر وعبد التقيا ومع كل واحد منهما عصا واصطربا فشج كل واحد صاحبه ثم اختلف مولى العبد والحر في البداءة فالقول للمولى ان الحر بدأ وعليه أرش جنايته على العبد للمولى ثم يدفع العبد بجنايته أو يفديه لان الحر أقر بارش يده بالجناية لانه ادعى الابراء حتى اختار المولى دفع العبد اليه وأنكر المولى فيكون القول له ولو كان مع العبد سيف ومع الحر عصا فمات العبد وبرأ الحر واختلفا كان القول للمولى وقيمة العبد على عاقلة الحر يسلم المولى

من مقدار ما نقصه الحر من قيمته إلى يوم ضرب العبد الحر والباقي قيمة أرش جنايته على الحر فإن فضل شيء فهو للمولى لأن الحر
قبل نقصانه فيكون قتيل خطأ العبد ويجب قيمته على عاقلة الحر والقيمة قامت مقام العبد فكأن العبد حي فيأخذ المولى قدر ما انتقص
بجناية الحر ويأخذ الحر من الباقي أرش جراحته فإن فضل شيء منه فهو للمولى لأنه بدل عبده ويدفع العبد عن حق الغير وإن
انتقص الباقي لا يكون على المولى شيء كما لو دفع العبد وقيمته أقل من أرش الجراحة ولو كان السيف مع الحر ومع العبد عصا فمات
العبد وبرأ الحر ولا يدري أيهما بدأ بالجناية فللمولى أن يقتل الحر ويبطل حق الحر لأن الحر قتل بالسيف عمدا فوجب القود وقد
مات العبد ولم يخلف بدلا فيبطل حق الحر وكذلك لو كان العبد هو الذي بدأ بالجناية لأنه لا يتصور ملك العبد بسبب بعدما مات
ولو كان مع كل واحد منهما عصا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة وبرئا ثم اتفقوا أنهم لا يعلمون البادئ من هو خير المولى فإن دفع
العبد يرجع على الحر بنصف أرش عبده لأن الحر إن كان هو البادئ بالجناية يجب عليه جميع أرش عبده وإن كان اللاحق فهو
لا يجب عليه شيء فيجب نصفه وإن شاء فداه بجميع أرش الحر ورجع على الحر بجميع أرش عبده لأنه لا يجب على الحر جميع أرش
العبد تقدمت جنايته أو تأخرت فإن كانا سواء اتفقا وإن كان أحدهما أقل فالأول مثله يصير قصاصا ويرد الفضل على صاحبه قال
رحمه الله ﴿عبدهما قتل قريبهما فعفا أحدهما بطل الكل﴾ معناه إن كان عبد بين رجلين فقتل قريبا لهما كأبيهما أو أخيهما
فعفا أحدهما بطل الجميع ولا يستحق غير العافي منهما شيئا من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل وكذا إذا كان العبد لقريب
لهما أو لمعتقهما فقتل مولاه وورثاه بطل الكل هذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر إن شاء
وإن شاء فداه بربع الدية لأن حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع لأن الملك لا ينافي استحقاق القصاص عليه للمولى فإذا
عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في كل العبد فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما
أصاب نصيبه سقط لأن المولى لا يستوجب على عبده مالا وما أصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف
نصيبه أو يفديه بربع الدية ولأبي حنيفة أن ما يجب من المال يكون حق المولى لأنه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه وينفذ منه وصاياه
ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده مالا ولا تخلفه الورثة فيه ولأن القصاص لما انقلب مالا
صار بمعنى الخطأ وفيه لا يجب شيء فكذا ما هو في معنى ذلك وفي الكافي ومن قتل وليه عمدا وقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص
أو لم يقض فعلى قاطع اليد الدية عند أبي حنيفة وقالا لا شيء عليه وكذا إذا عفا ثم سرى لا يضمن شيئا والقطع الساري أفحش من
المقتصر وصار كما لو كان له قصاص في اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فإنه لا يضمن أرش الأصابع والأصابع والكف كأطراف
النفس ولو قطع وما عفا ثم برأ فهو على الخلاف في الصحيح ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو على استيفاء فقتل لا يضمن حتى لو حز
رقبته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح شج رجلا موضحة عمدا فعفا عنها أو ما يحدث منها ثم شجه شجة أخرى عمدا ولم يعف عنها
فعلى الجاني الدية كاملة في ثلاث سنين إذا مات منهما جميعا فإن قيل إنه عفا عن الأولى بطل عنه القصاص وصارت الثانية مالا وصارت
الأولى أيضا مالا ولم يجز له العفو لأنه لا وصية له وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف في مثل هذه الصورة أن على الجاني الدية رجل
قتل عمدا وقضي لوليه بالقصاص على القاتل فأمر الولي رجلا بقتله ثم إنه طلب من الولي أن يعفو عن القاتل فعفا عنه فقتله المأمور
وهو لا يعلم بالعفو قال عليه الدية ويرجع بذلك على الآمر امرأة قتلت رجلا خطأ فتزوجها ولي المقتول على الدية التي وجبت على
العاقلة فذلك جائز والعاقلة برآء فإن طلقها قبل الدخول بها رجع على العاقلة بنصف الدية رجل شج رجلا موضحة عمدا ومات من
الموضحتين فعلى الآخر القصاص ولا شيء على الأول وكذلك لو كان الصلح مع الأول بعدما شجه الآخر قال أبو الفضل فقد استحسن
في موضع آخر من هذا الكتاب أنه له القصاص على الآخر إذا كان شجه بعد صلح الأول رجل شج رجلا موضحة عمدا وصالحه عنها
وما يحدث منها على عشرة آلاف درهم وقبضها ثم شجه آخر خطأ فمات منهما فعلى الثاني خمسة آلاف درهم على عاقلته ويرجع الأول
في مال المقتول بخمسة آلاف درهم على عاقلته وإن كانت الشجتان عمدا جاز عفو الأول وقتل الآخر والله أعلم

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع في بيان أحكام الجناية على العبد وقدم الأول ترجيحا لجانب الفاعلية كذا
في العناية وهو حق الأداء وقال في النهاية وغاية البيان إنما قدم جناية العبد على الجناية عليه لأن الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا
ترتيبا أقول فيه بحث لأنه إن أريد أن ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع إذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول

المقتلين ويمكن الفاعل عند قطع الملا بمثلا عمرو بأن يكون عمر الحي عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل وإن
أريد فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول ووجوده فهو أيضا ممنوع لأن الفاعلية والمفعولية توجدان معا في آن واحد وهو أن يتعلق
الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه وقبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك بوقوعه عليه ليس
خافيا على العارف الفطن بالقواعد والله أعلم قال رحمه الله ﴿ومن قتل عبدا خطأ تجب قيمته ونقص عشرة لو كانت عشرة آلاف أو
أكثر وفي الأمة عشرة من خمسة آلاف وفي المغصوب تجب قيمته بالغة ما بلغت﴾ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف
والشافعي في النفس تجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع لما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي
الله عنهم أنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت لأن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك الأمن حيث المالية
ولو كان بدل الدم لكان للعبد إذ هو في حق الدم مبقى على أصل الحرية فعلم أنه بدل المالية ولهذا لو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى
عقد البيع وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا في حال قيامه أو هلاكه فصار كسائر الأموال وكقليل القيمة والغصب ولأن ضمان
المال بالمال أصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف الأصل ومهما أمكن إيجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار إلى إيجابه بخلاف
الأصل قال القدوري في كتابه التقريب قال أبو يوسف إذا قتل المبيع في يد البائع فاختار المشتري إجازة البيع كان له القصاص
وكذا إن اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص وهذا خطأ عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ليس للبائع القصاص وروى
ابن زياد عنه لا قصاص للمشتري أيضا ولأبي حنيفة قوله تعالى ودية مسلمة أوجبها مطلقا من غير فصل بين أن يكون حرا أو عبدا
والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل تحت النص وهذا لأن المذكور في الآية حكمان الدية والكفارة والعبد
أصل فيهما في حق الكفارة بالإجماع لكونه آدميا فكذا في الدية لأنه آدمي ولهذا يجب القصاص بقتله بالإجماع ويكون مكلفا
ولولا أنه آدمي لما وجب القصاص وكان كسائر الأموال ولأنه لما كان فيه معنى المالية والآدمية وجب اعتبار أعلاهما وهي الآدمية
عند تعذر الجمع بينهما بإهدار الأدنى وهي المالية لأن الآدمية أسبق والرق عارض بواسطة الاستنكاف فكان اعتبار ما هو الأصل
أولى ألا ترى أن القصاص يجب بقتله عمدا بهذا الاعتبار والمتلف في حالة العمد والخطأ واحد فإذا اعتبر في إحدى حالتي القتل آدميا
يجب أن يعتبر في الحالة الأخرى كذلك إذ الشيء الواحد لا يتبدل جنسه باختلاف حالة إتلافه وهذا أولى من العكس لأن في العكس
إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم والجماد وما رويناه من الأثر معارض بأثر ابن مسعود وهو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة المالية
إذ لا يعارض إذ الغصب لا يرد إلا على المال وبقاء العقد لا يعتمد المالية وإنما يعتمد الفائدة ألا ترى أنه يبقى بعدما قتله عمدا
وإن لم يكن القصاص مالا ولا بدلا عن المالية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا
بخلاف كثير القيمة لأن فيه قول ابن مسعود لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والأثر في المقدرات كالخبر
لا يعرف إلا سماعا ولأن آدميته أنقص ويكون بدلها أقل كالمرأة والجنين ألا ترى أنه لما كان أنقص نقصت النعم والعقوبات
حقه لإظهار انحطاط رتبته فكذا في هذا وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب في الأمة خمسة آلاف درهم إلا خمسة لأن دية
الأنثى نصف الذكر فيكون الناقص عن دية الأنثى نصف الناقص عن دية الذكر كما في الأطراف والأول أظهر لأن أول مال له
خطر في الشرع عشرة كنصاب السرقة والمهر وما دونه لا يعتبر بخلاف الأطراف لأنه بعض الدية فينقص من كل جزء بحسابه
فينقص من كل جزء عشرة لما وجب أصلا ولم يتعرض المؤلف لمسائل الضرب ونحن نذكرها تكميلا للفائدة قال في الجامع
مسائل الضرب على ثلاثة فصول أحدها في ضرب المولى عبده والثاني في أمر أحد الشريكين بضرب العبد المشترك والثالث
ضرب الشريك أو أجنبي أصله العبرة في الجنايات لتعدد الجاني لا لتعدد الجناية لأن النفس تبرأ من جراحات كثيرة وتموت من
جراحات قليلة ولهذا سقط اعتبار طولها وعرضها وعمقها أمر رجلا أن يضرب عبده سوطين فضربه ثلاثة وضربه المولى سوطا
وضربه أجنبي سوطا ثم مات من ذلك كله فعلى عاقلة المأمور بالسوطين أرش السوط الثالث مضروبا وهو سدس قيمته مضروبا
أربعة أسواط وعلى عاقلة الأجنبي أرش السوط الخامس مضروبا أربعة أسواط وهو ثلث قيمته مضروبا بأربعة أسواط ويبطل
ما سوى ذلك لأن المأمور ضربه ثلاثة أسواط اثنان منها هدر مع السراية للإذن والثالث معتبر لأنه ضرب بغير إذن فيضمن
نقصانه مضروبا بسوطين والرابع هدر لأن جناية المولى على مملوكه هدر والخامس معتبر فيضمن الأجنبي أرشه منقوصا بأربعة

أسواط وإذا مات العبد من هذه فقد مات من خمس جنايات فانقسم نصف النفس على الجنايات فيقسم عليها لأن المعتبر عدد الجناة
لا عدد الجنايات فانقسم عليهما أثلاثا ثلثاه على الأجنبي وثلثه بجناية المأمور الأول فينقسم هذا الثلث نصفين نصفه هدر
ونصفه معتبر والأصل الثاني أن الجناية على المماليك متى أتلفت نفسا أو عضوا أو أفضت إلى الموت فتحمله العاقلة لأنه ضمان دم
وضمان الدم تتحمله العاقلة وإن اقتصرت على ما دون النفس يجب ضمانه في مال الجاني عبد بين رجلين قال أحدهما اضرب به
سوطا فإن زدت فهو حر فضربه ثلاثة فمات من ذلك كله فعلى الضارب نصف أرش السوطين مضروبا سوطا في ماله وعلى المعتق
لشريكه إن كان موسرا نصف قيمته مضروبا سوطين وعلى الضارب أرش السوط الثالث مضروبا سوطين ونصف قيمته مضروبا
ثلاثة أسواط فيكون ذلك على عاقلته فليستوفها أولياء العبد أو يأخذ المعتق من ذلك ما غرم ويكون الباقي لورثة العبد لأن
السوط الأول كله هدر لأن نصفه في ملكه ونصفه لاقى ملك شريكه ولكنه بإذنه والسوط الثاني نصفه هدر ونصفه معتبر لأن نصفه
لاقى ملكه ونصفه لاقى ملك شريكه بغير إذنه فيضمن أرش السوط الثاني مضروبا سوطا في ماله لشريكه لأن سرايته انقطعت
لما أعتقه فاقتصرت الجناية على ما دون النفس فيجب في مال الجاني وصار العبد كله مملوكا للمعتق بالضمان لأن المعتق بالضمان
يملك نصيب الضارب عند أبي حنيفة ويصير مكاتبا له لأنه يتوقف عتق هذا النصف على أداء السعاية إليه فالسوط الثالث لاقى مكاتب
غيره فيكون معتبرا كله فيضمن الضارب جميع ما نقصه السوط الثالث مضروبا سوطين لأن السوط الثالث حل به وهو منقوص
سوطين ولما مات العبد فقد مات من ثلاث جنايات إلا أن الجنايتين الأوليين كجناية واحدة لاتفاق حكمهما واتحاده وأهدرت
سرايتهما والجناية الثالثة معتبرة بأصلها وسرايتها وإن عتق العبد بعد ذلك لأن إعتاق المكاتب لا يقطع السراية لما بينا فصارت
النفس تالفة بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة فيهدر نصف قيمته ويضمن الضارب نصف قيمته مضروبا ثلاثة
أسواط لأنه مات منقوصا ثلاثة أسواط فإن ظفر المعتق بماله كان له أن يأخذ من ماله ما ضمن لشريكه كله ورثته والحالف لأن
ولاءه له ولم يباشر قتله وإنما أمر بقتله فيكون مسببا لقتله والمتسبب للقتل لا يحرم عن الإرث وإن كان المعتق معسرا فلا ضمان
عليه وعلى الضارب الضمان كما وصفنا ويكون نصفه في ماله ونصفه على العاقلة فيأخذ الضارب من ذلك نصف قيمة العبد
مضروبا سوطين فإن بقي شيء فلورثة العبد لأن الحالف متى كان معسرا لا يكون للضارب تضمين الحالف وإنما له استسعاء نصيبه
فبقي نصيب الضارب على ملكه وصار نصيبه مكاتبا له لأنه توقف عتق نصيبه على أداء السعاية إليه ونصيب المعتق صار حرا مولى له
وكان السوط الأول هدرا والسوط الثاني نصفه هدر ونصفه معتبر لما بينا والسوط الثالث كله معتبر لأن نصفه مكاتب للضارب
ونصفه لمولى الحالف وقد مات العبد بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة فكان على الضارب نصف قيمة العبد مضروبا
ثلاثة أسواط نصفه على العاقلة لأن نصفه مكاتب ونصفه معتق الحالف ووجب جنايته على مكاتب نفسه في ماله وموجب جنايته
على معتق غيره على عاقلته ويكون ذلك كسب المكاتب فيستوفي الضارب منه مقدار نصف قيمته مضروبا سوطين لأنه يأخذ
من ماله مال جنايته لأنه صار دينا عليه فيأخذ أيضا من تركته بعد وفاته ولو كانت المسألة بحالها ثم ضربه الآمر سوطا ثم ضربه
الأجنبي سوطا ومات من ذلك كله فعلى المأمور نصف أرش السوط الثاني مضروبا سوطا في ماله لشريكه وعلى عاقلة المأمور إن كان
المعتق موسرا أرش السوط الثالث مضروبا سوطين وهو سدس من قيمته مضروبا خمسة أسواط في ماله وعلى عاقلة الأجنبي أرش
السوط الخامس مضروبا أربعة أسواط وهو ثلث قيمته مضروبا خمسة أسواط لأن السوط الأول كله هدر والسوط الثاني نصفه
معتبر لأن نصفه لاقى ملك شريكه بغير إذنه فيغرم الضارب نصف أرش في ماله لشريكه وسراية الجنايتين مهدرة لأن الحالف
أعتق نصيبه بعد السوط الثاني وهو موسر فكان للضارب أن يضمن قيمة نصيبه مضروبا سوطين وصار نصيب الضارب ملكا
للحالف بالضمان وصار مكاتبا له والسوط الثالث معتبر كله لأنه لاقى شخصا نصفه معتق مكاتب له والجناية على المعتق والمكاتب
معتبرة والسوط الرابع من المولى أيضا معتبر لأنه لاقى شخصا نصفه مولى الآمر ونصفه مكاتب له وجناية الإنسان على مولاه
ومكاتبه معتبرة فيغرم الآمر ما نقصه السوط الرابع منقوصا ثلاثة أسواط والسوط الخامس من الأجنبي معتبر فيغرم أرش
ما نقصه مضروبا أربعة أسواط وإذا مات العبد من ذلك كله يغرم الضارب سدس قيمته مضروبا خمسة أسواط لأنه قتل النفس
ثلاثة فقد تلفت النفس بجنايات الضارب وهي ثلاثة أسواط إلا أن السوطين الأولين حكمهما واحد فإن سرايتهما مهدرة فتحمل

جناية واحدة والسوط الثالث باطل وسرايته معتبرة فهذا الثلث تلف بجنايتين أحدهما معتبرة والاخرى مهدرة فيغرم نصف الثلث وذلك سدس الكل ويجب على عاقلته لانه جنى على معتق ومكاتب غيره ويضمن الآمر نصف قيمته مضروبا خمسة أسواط في ماله لانه جنى على المكاتب نفسه لانه لم يظهر لعتق نصيبه أثر في حكم من أحكام الحرية وكان الكل مكاتبا له حكما واعتبارا على عاقلة الاجنبي ثلث قيمته مضروبا خمسة أسواط لانه جنى على مكاتب غيره ومولى غيره فيكون من عاقلة الاجنبي ومن الآمر ومن المأمور للعبد لانه كسب العبد ويأخذ المأمور من الآمر بذلك من مال العبد لان هذا أرش له على العبد وما بقي في ماله فلعصبة المولى الآمر ان لم يكن للعبد عصبة لان الولاء لهما لان الآمر باشر قتاله بغير حق فحرم عن الميراث فيجعل كالميت فيكون ما بقي لاقرب عصبات الآمر وقال في النهاية هذا اختلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط في طرف المملوك تعتبر باطراف الحر من الدية الى آخره فان قيل عند الامام يدفع اليه العبد ويأخذ قيمته في قطع الاطراف فأي تقدير على قوله فالجواب ان التقدير على قولهما اذا جنى عليه آخر بقطع يد أو رجل فسرى فيه الى النفس أو فوت جنس المنفعة في عدم التقدير والدفع في غيره وقيل يضمن في الاطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شئ لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهذا يؤدي الى أمر شنيع وهو ان ما يجب في الاطراف أكثر مما يجب في النفوس بان كانت قيمته مثلا مائة ألف فانه بقطع يده يجب خمسون ألفا وبقتله يجب عشرة آلاف الا عشرة قال رحمه الله ﴿وقطع يد عبد فحرره سيده فمات منه وله ورثة غيره لا يقتص والا اقتص منه﴾ وانما لا يقتص في الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه فتعذر ولا يجب على وجه يستوفي اذا الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة أخرى سوى المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما في احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام فيها فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا ينال باذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان الآذن مالك ذلك بخلاف العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر وكل واحد منهما دائم فصارا بمنزلة الشريكين فيه فلا ينفرد أحدهما دون الآخر لما فيه من ابطال حق الآخر فيتمكن باجتماعهما بالرضا بابطال حقه وأما في الثاني وهو ما اذا لم يكن له ورثة غير المولى فهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجب القصاص فيه أيضا لان سبب الولاية قد اختلف لان الملك على اعتبار العتق والولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع الشبهة أو فيما يحتاط فيه فصار كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية وقال لا بل زوجتها منك لا يحل له وطؤها لما قلنا بخلاف ما اذا أقر لرجل بالف درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فانه يقضى له عليه بالف وان اختلف السبب لان الاموال تثبت بالشبهة ولا يبالي باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انهما تيقنا ثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فامكن الايجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفى والمستوفى منه ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسئلة الاقرار بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول وبخلاف مسئلة الجارية لان الحكم مختلف لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الحكم لان النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا وقد لا يثبت الحل أصلا ولان ما ادعى كل واحد منهما من السبب للحل انتفى بانكار الآخر فبقي بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه اذ لا يجري فيه البدل بخلاف ما نحن فيه لان السبب موجود بيقين ولا منكر له ولم يوجد ما يبطله ولا ما يحتمل الابطال فامكن استيفاؤه والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك اذا كان له وارث آخر غير المولى على ما بينا أو في الاطراف أو في القتل خطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت أو زيادة الجرح في الحالة الثانية يكون للعبد حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فحصل الاشتباه فيمن له الحق فسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح وأما القتل عمدا فموجبه القصاص فلا اشتباه فيه اذا لم يكن له وارث سوى المولى لانا على اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق فالحاصل من هذا كله ان من قطع يد عبد غيره فاعتقه المولى ثم مات لا يخلو اما ان قطع عمدا أو خطأ فان كان الاول فاما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضي له والمقضي به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد وان كان الثاني فالاعتاق لا يقطعها والحاصل انهم أجمعوا في الخطا وفي العمد فيما اذا كان له وارث آخر

ان

ان الاعتاق يقطع السراية فلا يجب الا أرش القطع وما ينقص بذلك الى الاعتاق وسقطت الدية والقصاص وكذا في القطع اذا لم يمت منه لا يجب عليه سوى أرش القطع وما نقص الى الاعتاق ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الاعتاق بالاجماع فعلم بذلك ان كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه أرش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا يجب عليه الدية وما نقص منه بعد الاعتاق قال رحمه الله ﴿قال أحدكما حر فشجا فبين في أحدهما فأرشهما للسيد﴾ يعني اذا قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فبين في أحدهما العتق بعد الشج فأرشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين ﴿٧﴾ فالشجة صادفت المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل واحد في وقت واحد معا تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فاذا قتلهما رجل واحد معا فاحدهما حر يجب عليه دية حر وقيمة عبد فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر ويقسم مثل الاول بخلاف ما اذا قتلهما على التعاقب حيث تجب عليه قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وبخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجلان معا تجب قيمة المملوكين لانا نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وأمثاله ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيقدر بقدر الضرورة وهي النفس دون الاطراف والدية فبقي مملوكا في حقهما فتجب القيمة فيهما ويكون نصفين بين المولى والورثة فيأخذ هو نصف كل واحد منهما ويترك النصف لورثته لان موجب العتق ثابت في أحدهما في حق المولى ولا بدل له فوزع ذلك عليهما نصفين وان قتلاهما على التعاقب فعلى قاتل الاول قيمته للمولى لتعينه للرق وعلى قاتل الثاني ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وان كان لا يدري أيهما قتل أولا فعلى كل واحد منهما قيمته وللمولى من كل واحد منهما نصف القيمة كالاول لعدم أولوية أحدهما بالتقدم وفي الجامع الصغير واذا قال الرجل لعبدين له في صحته أحدكما حر ثم ان أحدهما قتل رجلا خطأ فالقاضي يجبر المولى على البيان فان أوقع العتق على غير الجاني خير في الثاني بين الدفع والفداء وان أوقع العتق على الجاني صار مختارا للفداء في الجاني فرق بين هذا وبين ما اذا باع عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فجنى العبد في يد البائع جناية موجبة للمولى في مدة الخيار بان قتل رجلا خطأ فاجاز البائع البيع فيه مع العلم بالجناية لم يصر مختارا للفداء وان أخرجه عن الدفع مع العلم بالجناية وكذا اذا كان الخيار للمشتري فجنى العبد في مدة الخيار ثم رد المشتري العبد لا يكون مختارا للفداء وان أخرجه عن الدفع بسبب الرد بالجناية ولو كان كل واحد من العبدين قتل رجلا خطأ بعد العتق المبهم ثم أوقع المولى العتق على أحدهما بعينه يخير بين الدفع والفداء في العبد الآخر وعليه قيمة العبد الذي أوقع فيه العتق لولي الجناية يريد اذا كانت قيمته أقل من الدية ولم يصر مختارا للفداء بصرف العتق الى الجاني فرق بين هذا وبين ما لو طلق احدى امرأتيه في صحته ثلاثا ثم مرض مرض الموت فاجبر على البيان فاوقع ذلك على أحدهما فانه يصير فارا وان كان مضطرا الى البيان وكذلك لو كانت جناية أحد العبدين قطع يد وجناية الآخر قتل نفس خطأ كان الجواب كما قلنا ولو قال في صحته لعبدين قيمة كل واحد منهما ألف أحدكما حر ثم قتل أحدهما رجلا خطأ ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه وسعى كل واحد منهما في نصف قيمته وللمجني عليه في مال المولى قيمة الجاني يريد به اذا كانت قيمته أقل من الارش ويصير من جميع ماله ولا يصير المولى مختارا للفداء ولو كان كل واحد من العبدين قتل رجلا خطأ والمسألة بحالها سعى كل واحد من العبدين في نصف قيمته ولكل واحد من المجني عليهما في مال المولى قيمة العبد الذي جنى عليه ولم يصر المولى مختارا للفداء هذا الذي ذكرناه كله اذا أوقع المولى العتق المبهم على أحد عبديه قبل الجناية أما اذا كان ايقاع العتق المبهم بعد الجناية فقال رجل له عبدان قيمة كل واحد منهما ألف فقتل أحدهما قتيلا خطأ ثم قال المولى في صحته أحدكما حر وهو عالم بالجناية ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه وسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ويصير المولى مختارا للفداء في الجاني ثم اذا صار مختارا للفداء فمقدار القيمة معتبر من جميع المال واذا جنى كل واحد من العبدين جناية والمسألة بحالها سعيا على الوجه الذي وصفناه وصار مختارا للفداء في الجنايتين ولكن تجب دية واحدة في مال المولى وقيمة العبدين ويكون ذلك من جميع المال وما زاد على القيمة الى تمام الدية يعتبر من ثلث المال وتكون الجنايتان نصفين اذ ليس أحدهما أولى من الآخر قال في الجامع الصغير رجل له عبدان سالم ورابع فقتل سالم رجلا خطأ في صحة المولى فقال المولى أحدكما حر ثم قتل رابع رجلا آخر في صحة المولى ثم مات المولى قبل البيان عتق من كل واحد

منهما نصفه وسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ولزم المولى الفداء في قتل سالم وهذا منه اختيار للفداء الا ان فداء سالم في الدية يعتبر
من جميع المال وما زاد على ذلك الى تمام الدية يعتبر من الثلث ولا يلزمه الفداء في قتل رابع ولو أن المولى لم يقل ما ذكر ولكن المولى
أوقع العتق على سالم صار مختارا للفداء في قتل سالم وان أوقع المولى العتق على رابع لم يصر مختارا قال رحمه الله ﴿ومن فقأ عيني عبد
دفع سيده عبده وأخذ قيمته أو أمسكه ولا يأخذ النقصان﴾ أي اذا فقأ رجل عيني عبد فالمولى بالخيار ان شاء دفع العبد المفقوءة
الى الفاقئ وأخذ قيمته كاملا وان شاء أمسكه ولا شيء له وهذا عند أبي حنيفة وقالا ان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وان شاء دفع
العبد وأخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه جعل الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع
احدى يديه وفقأ احدى عينيه ولكن نقول المالية قائمة في الذوات وهي معتبرة في حق الاطراف فصار اعتبار المالية في الذوات
دون الاطراف ساقطا بل المالية تعتبر في الاطراف أيضا بل اعتبار المالية في الاطراف أولى لانها يسلك بها مسالك الاموال فاذا
كانت المالية معتبرة وقد وجد أيضا اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة وهذا الضمان مقدر بقيمة الكل فوجب أن
تملك الجثة دفعا للضرر عنه ورعاية للمالية بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل
النقل من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة فاذا ثبت هذا جئنا الى تعليل
مذهب الفريقين فلهما أن العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتى لا يجب القود فيها ولا تتحملها العاقلة ويجب قيمته بالغة
ما بلغت فكان معتبرا بالمال فاذا كان معتبرا به وجب تخيير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب الغير
خرقا فاحشا يوجب تخيير المالك ان شاء دفع الثوب وضمنه قيمته وان شاء أمسكه وضمنه النقصان وله أن المالية وان كانت معتبرة
في الذات والآدمية أيضا غير مهدرة فيه وفي الاطراف ألا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر مولاه بالدفع أو الفداء وهذا من
أحكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من أحكام الآدمية أن لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم
بل يكون بازاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة ومن أحكام المالية أن ينقسم على الجزء الفائت والقائم ويتملك الجثة فوفرنا على
الشبهين حظهما فقلنا انه لا ينقسم اعتبارا للآدمية ويتملك الجثة اعتبارا للمالية وهذا أولى مما قالاه لان فيما قالاه اعتبار جانب المالية
فقط وهو أدنى واهدار جانب الآدمية وهو أعلى ومما قاله الشافعي أيضا لان فيه اعتبار الآدمية فقط والشيء اذا أشبه شيئين يوفر
عليه حظهما قال رحمه الله ﴿جنى مدبر أو أم ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش﴾ لما روي عن أبي عبيدة بن
الجراح رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على المولى بمحضر من الصحابة من غير نكير وكان يومئذ أمير الشام فكان اجماعا
ولان المولى صار مانعا لما ذكرنا قال القدوري في التقريب قال أبو يوسف يضمن المولى قيمة المدبر وأم الولد لجنايته مدبرا وقال زفر
يضمن قيمته عبدا ذكره الكرخي في مختصره وجناية المدبر على سيده وفي ماله هدر بالتدبير وكذا بالاستيلاد وانما لم يصر مختارا للفداء
لعدم علمه بما يحدث فصار كما اذا فعل بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من القيمة ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية
في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها ولا يخير في الاكثر والاقل لانه لا يفيد في جنس
واحد لاختياره الاقل بخلاف ما اذا كان الجاني قنا حيث يخير المولى بين الدفع والفداء ولا يجب الاقل لان فيه فائدة لاختلاف
الجنس لان من الناس من يختار دفع العين ومنهم من يختار دفع الفداء على ما هو الايسر عنده أو يبقى ما اختاره على ملكه
ويخرج الآخر من ملكه ثم الاصل فيه ان جنايات المدبر لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت لانه لا يمنع فيه الا رقبة واحدة
ولان دفع القيمة فيه كدفع العين في القن ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالحصص في القيمة وتعتبر
قيمته في حق كل واحد منهم في حال الجناية عليه لانه يستحقه في ذلك الوقت حتى لو قتل رجلا وقيمته ألف ثم قتل آخر وقيمته ألفان
ثم قتل آخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى ألفا درهم لانه جنى على الوسط وقيمته ألفان فيكون لولي الاوسط ألف منها لا يشاركه
فيه أحد لان ولي الاول لا حق له فيما زاد على الالف وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم وكذلك الثالث لا حق له
فيما زاد على الخمسمائة لما ذكرنا ثم تبقى خمسمائة فتقسم بين الاول والاوسط فيضرب الاول بجميع حقه وهو عشرة آلاف درهم
ويضرب الاوسط بما بقي من حقه وهو عشرة آلاف درهم الى آخره لا ينظر الى دية المقتول وما وصل منها وما تأخر منها يضرب له
بعشرة آلاف درهم الى آخره قال في المحيط مدبر قتل رجلا وقيمته ألف درهم ثم صارت قيمته ألفين فقتل آخر خطأ فالالف درهم

للثاني وتحاصا في الالف الاولى في المرتهن قال رحمه الله ﴿فان دفع القيمة بقضاء ثم جنى أخرى شارك الثاني الاول﴾ يعني اذا دفع المولى القيمة لولي الجناية الاولى بقضاء القاضي ثم جنى جناية أخرى بعد ذلك فلا شيء على المولى لان جناياته كلها لا توجب الا قيمة واحدة ولا تعدي من المولى بدفعها الى ولي الجناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضاء فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الاولى فيشاركه فيما ويقتسمانها على قدر حقيهما على ما ذكرنا قال رحمه الله ﴿ولو بغير قضاء اتبع السيد أو ولي الجناية﴾ أي لو دفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى بغير قضاء كان لولي الجناية الثانية الخيار ان شاء اتبع المولى بحصته من القيمة وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لانه فعل عين ما يفعله القاضي ولا تعدي منه بتسليمه الى الاول لانه حين دفع الحق الى مستحقه لم يكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بما يحدث حتى يجعل متعديا ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان جنايات المدبر توجب قيمة واحدة ويتشاركون فيها والجناية المتأخرة كالمقارنة حكما ولهذا يشتركون فيها كأنهم جنى عليهم جميعا ثم اذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا في حق الثاني لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه فاذا لم يصح دفع المولى في حق الثاني فللثاني الخيار ان شاء تبع الاول لانه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فيأخذ منه وان شاء اتبع المولى لانه دفع حقه بغير اذنه فاذا أخذ منه رجع المولى على الاول بما ضمن للثاني وهو حصته لانه قبضه بغير حق فيسترده منه وهذا لانه لا يجب عليه الا قيمة واحدة فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه أكثر من القيمة ولان الثانية مقارنة من وجه حتى يشاركه ومتأخرة من وجه في حق اعتبار القيمة فتعتبر مقارنة في حق التضمين أيضا كيلا يبطل حق ولي الثانية واذا أعتق المدبر وقد جنى جناية لم يلزمه الا قيمة واحدة لما ذكرنا سواء أعتقه بعد العلم بالجناية أو قبله لان حق المولى لم يتعلق بالعبد فلم يكن مفوتا بالاعتاق وأم الولد كالمدبر واذا أقر المدبر وأم الولد بجناية توجب المال لم يجز اقراره وجنايته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ بخلاف ما اذا كانت الجناية موجبة للقود بان أقر بالقتل عمدا حيث يصح اقراره فيقتل به لان اقراره على نفسه فينفذ عليه لعدم التهمة

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك﴾

قال في النهاية لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم ما يلحق به اه وقال في غاية البيان لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جر كلامه الى بيان حكم غصب الصبي اه وتبعه العيني أقول هذا أشبه الوجوه المذكورة وان أمكن التقرير بأحسن منه تدبر قال رحمه الله ﴿قطع يد عبده فغصبه رجل ومات منه ضمن قيمته أقطع وان قطع يده في يد الغاصب فمات منه بريء﴾ لان الغصب يوجب ضمان ما غصب في المسئلة الاولى لما قطعه المولى نقصت قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته أقطع وفي الثانية حين قطع المولى العبد في يد الغاصب صار مستردا له لاستيلائه عليه وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول ملكه الى يده قال صاحب الهداية في الفرق بين المسئلتين ان الغصب قاطع للسراية لان سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم توجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وهذا مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب للملك وضعا والغاصب لا يملك الا باداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد فحققه ان معنى قولهم يقطع السراية ان ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا الان نسب ذلك الى غير الجاني واعترض عليه الامام قاضيخان بان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك باداء البدل على الغاصب وهو قيمة العبد أقطع أما قبله فلا يضمن وفي رهن الجامع الصغير في الباب الثاني من جناياته انما يضمن الغاصب هنا قيمة العبد لان السراية وان لم تنقطع بالغصب وردت على مال متقوم فوجب سبب الضمان ولا يبرأ عنه الغاصب الا بالاداء ربع الغصب والشيء اعتبار نفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى ثابتة عليه حكما باعتبار السراية لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حقيقة وحكما دون الثابت حكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية فقصر عليه الضمان قال صاحب العناية فيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميان بكمالهما أقول نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشيء حكما

ان يترتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد رتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع وأما بعد منعه فليس بتام
أيضا اذ لا محذور في ان يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان بكل منهما من جهتين مختلفتين وهنا كذلك فان ثبوت يد المولى
على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية التدبير الذي صدر منه وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة
فاختلفت الجهتان قال رحمه الله ﴿وعبد محجور مثله فمات في يده ضمن﴾ يعني اذا غصب عبد محجور عليه عبدا محجورا
عليه فمات المغصوب في يد الغاصب ضمنه لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله وهذا منها فيضمن قال رحمه الله ﴿مدبر جنى عند
غاصبه ثم عند سيده ضمن قيمته لهما﴾ أي لو غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية أخرى
ضمن المولى القيمة لولي الجنايتين فتكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمته واحدة فيجب ذلك على المالك
للولي لانه هو الذي أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير ان يصير مختارا الفداء كما في القن اذا أعتقه بعد الجنايات من غير
ان يعلمها وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما في السبب قال رحمه الله ﴿ورجع بنصف قيمته على الغاصب﴾ أي
رجع المولى بنصف ما ضمن من قيمة المدبر على الغاصب للتعدي لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب
والنصف الآخر بسبب عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كانه لم يرد نصف العبد لان رد المستحق بسبب وجد
عنده عند الغاصب كلا رد قال رحمه الله ﴿ودفعه للاول﴾ أي دفع المولى نصف القيمة الذي أخذه من الغاصب الى ولي الجناية
الاولى وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف قالوا ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وانما تنتقص
باعتبار مزاحمة الثاني الى آخره قال في العناية واعترض بان الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف يكون الحق للاول في جميع القيمة
وأجيب بان المقارنة جعلت حكما في حق الضمان لا غير والاولى مقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحمة
وأمكن توفيره موجبها فلا يمتنع بلا مانع أقول في الجواب بحث لانا لا نسلم ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير بل جعلت
حكما أيضا في حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولي الجناية الاولى كما أرشد اليه قول صاحب الهداية في الفصل السابق لان الثانية
مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية اهـ فاذا جعلت المقارنة حكما في حق مشاركة ولي الجناية الثانية أيضا كان ولي
الجناية الثانية مزاحما لولي الجناية الاولى في استحقاق جميع القيمة فكيف يأخذ ولي الجناية الاولى وحده كل القيمة مع مزاحمة
ولي الثانية له في استحقاقه اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي ان لا يستحق ولي الثانية شيئا
من قيمة المدبر وليس الامر كذلك بالاجماع فليتأمل في جواب الشافي وقال محمد رحمه الله لا يدفعها اليه لان الذي يرجع به المولى
على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى لانه انما يرجع على الغاصب فلا يدفع اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك
رجل وكيلا يتكرر الاستحقاق وقوله عوض ما سلم الى ولي الجناية الاولى قلنا هو كذلك لكن ذلك في حق المولى والغاصب لان
ما أخذه المولى من الغاصب عوض المدفوع الى ولي الجناية الاولى وأما في حق المجني عليه فهو عوض ما لم يسلم له ومثله جائز كالذمي
اذا باع خمرا وقضى دين مسلم يجوز له أخذه لان تلك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وبدل الدين في حق المسلم قوله ودفع الى الاول
فان قلت هذا يناقض قوله أولا جناية العبد لا توجب الا دفعا واحدا أو فداء أو قيمة واحدة وهنا أوجبت قيمة ونصفا أو دفع العبد
ونصف القيمة للاول فالجواب ان الكلام الاول فيما اذا تعددت الجناية في يد شخص واحد من غير غصب ورد فيكون جانيا لهما
فلهذا أوجب قيمة واحدة أو دفعا واحدا وهنا لما كانت عند شخصين لم يمكن جعلهما كجناية واحدة وان كانت في يد واحد لكن انتقضت
ورد كما سيأتي في قوله ورده قال رحمه الله ﴿ثم رجع به على الغاصب﴾ أي يرجع المولى بذلك الذي دفعه الى ولي الجناية الاولى
ثانيا على الغاصب عندهما لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه بذلك فصار كانه لم يرد ولم يضمن له شيئا اذا
لم يبق شئ من العبد أو من بدله في يده قال رحمه الله ﴿وبعكسه لا يرجع به ثانيا﴾ أي بعكس ما ذكر لا يرجع غاصب المولى على
الغاصب بالقيمة ثانيا وصورته ان المدبر جنى عند مولاه أولا فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ثم رده على المولى ضمن قيمته لولي
الجنايتين فيكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب فيدفعه
الى ولي الجناية الاولى بالاجماع أما عندهما فظاهر لما بينا وأما عند محمد فانه يمتنع الدفع الى ولي الجناية الاولى في المسألة الاولى كيلا
يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على ما بينا وهنا لا يلزم ذلك لان ما أخذه من الغاصب عوض ما دفع الى ولي الجناية الثانية فاذا

دفعه الى ولى الاولى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد وفى الاول يجتمع لانه عوض ما أخذه هو بنفسه ثم اذا دفعه الى ولى الاولى
لا يرجع به على الغاصب بالاجماع وهو المراد بقوله وبعكسه لا يرجع ثانيا لان المولى لما لم يدفع ما أخذه من الغاصب الى ولى الاولى
سلم له ما أخذه من الغاصب فلم يتصور الرجوع عليه وهنا لم يسلم له بالاجماع ومع هذا لا يرجع على الغاصب بالاجماع ثانيا
لان الذى دفعه المولى الى ولى الجناية الاولى ثانيا هو بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به على أحد بخلاف المسئلة الاولى عندهما
لان دفع المولى ثانيا الى ولى الجناية الاولى فهو بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه بهما كما ذكرنا قال رحمه الله
﴿والقن كالمدبر غير ان المولى يدفع العبد بدل القيمة﴾ أى العبد القن فيما ذكرنا كالمدبر ولا فرق بينهما الا ان المولى
يدفع القن وفى المدبر القيمة حتى اذا غصب رجل عبدا فجنى فى يده ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فان المولى يدفعه الى
الاول ثم يرجع على الغاصب عندهما وعند محمد لا يدفع ما أخذه من الغاصب الى الاول بل يسلم له ولا يتصور الرجوع على الغاصب
ثانيا على ما ذكرنا فى المدبر وان جنى عند المولى أولا ثم غصبه فجنى فى يده ثم رده الى المولى دفعه الى ولى الجنايتين نصفين ثم يرجع
بنصف قيمته على الغاصب لما ذكرنا قال رحمه الله ﴿مدبر جنى عند غاصبه فرده فغصبه فجنى فعلى سيده قيمته لهما﴾ أى
اذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية فرده على المولى ثم غصبه ثانيا فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بين ولى الجنايتين
نصفين لانه منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته على ما بينا قال رحمه الله ﴿ويرجع بقيمته على الغاصب﴾ لان الجنايتين كانتا فى يد
الغاصب فاستحق كل بسبب كان فى يده فيرجع عليه بالكل بخلاف المسائل المتقدمة فان هناك استحق النصف بسبب كان عنده
والنصف بسبب كان فى يد المالك فيرجع بالنصف لذلك قال رحمه الله ﴿ويدفع نصفها الى الاول﴾ أى دفع المولى نصف القيمة
المأخوذة من الغاصب ثانيا الى ولى الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحمة عند وجود جنايته وانما انتقص حقه
بحكم المزاحمة من بعد قال رحمه الله ﴿ويرجع بذلك النصف على الغاصب﴾ أى لا يرجع المولى بالنصف الذى دفعه ثانيا الى ولى
الجناية الاولى على الغاصب لان ولى الجناية الاولى استحق هذا النصف ثانيا بسبب كان فى يد الغاصب فيرجع عليه به ويسلم
الباقى له ولا يدفعه الى ولى الجناية الاولى لانه استوفى حقه فى حقه ولا الى ولى الثانية لانه لا حق له الا فى النصف لسبق حق الاول
عليه وقد وصل ذلك اليه وهذا لان الثانى يستحق النصف لوجود المزاحمة وقت جنايته والمزاحمة موجودة فبقى على ما كان
بخلاف ولى الاولى لانه استحق الكل وقت الجناية وانما رجع حقه الى النصف للمزاحمة قالوا وكلما وجد شيأ من بدل العبد أخذه
حتى يستوفى حقه ثم قيل هذه المسئلة على الخلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ان الذى يرجع به ولى الجناية الاولى
عوض ما سلم له فى المسئلة الاولى لان الجناية كانت فى يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق وأما فى هذه المسئلة فيمكن
أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لانها كانت فى يد الغاصب فلا يؤدى الى ما ذكرنا من المحظور واذا غصب رجل عبدا وجارية
فقتل كل واحد رجلا خطأ ثم قتل العبد الجارية ورد العبد فانه يرد معه قيمة الجارية فيدفعها المولى الى ولى قتيل الجارية ويرجع
بها على الغاصب لان قيمة الجارية استحقت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما
لا يرجع وان اختار الدفع دفع العبد كله الى ولى قتيل العبد فدفع فى قياس قول أبى حنيفة ويرجع بقيمته على الغاصب
وعندهما يدفعه الى ولى قتيل العبد والى الغاصب على أحد عشر سهما اذا كانت قيمة الجارية ألف درهم سهم للغاصب
وعشرة لولى قتيل العبد ثم يرجع المولى على الغاصب بقيمة العبد فيدفع منها الى ولى قتيله جزأ من أحد عشر جزأ ثم يرجع بذلك
على الغاصب وهذا بناء على ان الغاصب لما ملك الجارية بالضمان من يوم الغصب ظهر ان العبد قتل جارية مملوكة وجناية المغصوب
على الغاصب وعلى ماله هدر عنده وعندهما معتبرة للمالكين فعنده لما هدرت جناية العبد على الجارية بقى فى رقبته جناية واحدة
وهو دم الحر فيدفع كله الى ولى دم الحر أو يفديه كله اليه وهو مخير فى الدفع والفداء وقد استحق العبد من يده بسبب كان فى
يد الغاصب وضمانه فيرجع بقيمته عليه وعندهما لما كانت جناية العبد على الجارية معتبرة وحق الغاصب فى قيمة
الجارية ألف درهم فيقسم العبد بينهما على أحد عشر ويرجع بقيمته على الغاصب لان جميع العبد استحق من يد المولى بجناية
كانت فى ضمان الغاصب بخلاف الفداء لانه وجب للغاصب على المولى قيمة الجارية لان جناية عبده على جارية الغاصب معتبرة
عندهما وللمولى على الغاصب قيمة العبد فوقعت المقاصة لانهما التقتا جنسا ومقدار دية الحر مع قيمة العبد مختلفان جنسا وقدرا

فلا يتقاصان ولو كان الغاصب معسرا وقال ولي الجناية انتظر يساره دفع العبد الى ولي قتيله أو فداه ورجع بقيمته على الغاصب
اذا أيسر وبقيمة الجارية تقسم بين واحدة يدفعها الى ولي قتيلها وإن أحدهما بدله وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما يدفع
من العبد عشرة أجزاء من أحد عشر جزأ الى ولي قتيله فاذا أيسر الغاصب دفع اليه الجزء الثاني لجواز أن يؤدي الغاصب قيمة
الجارية فيثبت له حق في العبد على قولهما في دفع جميع العبد الى ولي قتيل العبد يبطل حق الغاصب في العبد متى أدى قيمة الجارية
فيودي جزأ من أحد عشر جزأ ما عليه وإن قال ولي قتيلها أصرف بقيمة الجارية في الغلام دفع اليوم على أحد عشر لأن اصله
لا في رقبة العبد الحال وحق الغاصب عن ثابت للحال وفي الثاني عسى يثبت وعسى لا يثبت ثم يرجع بقيمته فيدفع الى ولي قتيلهما
تماما لأن حقه كان ثابتا في جميع العبد وقد وصل اليه عشرة أجزاء من العبد ولم يصل اليه جزء واحد وفي يد المولى بدله فكان له أن
يأخذ ذلك منه ثم يرجع على الغاصب بمثل ذلك لما بينا ولولي قتيل الجارية أن يأخذ من المولى عشرة أجزاء من قيمتها في رواية لأنه
وصل اليه بدل جميع الجارية لأن العبد قام مقام الجارية واذا كانت قيمته أقل من قيمة الجارية لأن قليل القيمة اذا قتل كثير
القيمة ودفع به قام مقام جميعه فاذا قام العبد مقام جميع الجارية فصار كأنه وصل اليه جميع الجارية بخلاف ولي قتيل العبد لأن حقه كان
في جميع العبد ولم يتحول الى بدله وقد وصل اليه بعض العبد فكان له أن يأخذ بدل ما لم يصل اليه من العبد ولو قتل العبد المغصوب
الغاصب هدر دمه وكذلك العبد المرهون اذا قتل المرتهن عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يعتبر حتى يؤمر المولى بالدفع أو الفداء
لهما أن في اعتبار جنايته فائدة لأن الغاصب ملكه بالدفع بالقيمة ويملك عبد الغير بالقيمة مقيدا كما لو اشترى منه وبالفداء تلك
دية نفسه وهي أكثر من القيمة ظاهرا فيحصل للغاصب زيادة على القيمة فدل على أن في اعتبار هذه الجناية فائدة فوجب اعتبارها
والله أعلم ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن المولى متى أخذ الضمان من الغاصب ملك الغاصب العبد مستندا الى وقت الغصب وظاهره أن
الجناية ظهرت من المملوك على مالكه وجناية المملوك على مالكه هدر لأن المولى لا يستوجب على عبده شيأ وجناية المغصوب
على مولاه معتبرة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافا لهما كما مر في الرهن قال رحمه الله ﴿ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة
أو بحمى لم يضمن وإن مات بصاعقة أو نهش حية فديته على عاقلة الغاصب﴾ وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن في الوجهين
وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لأن الغصب في الحر لا يتحقق ألا ترى أنه لا يتحقق في المكاتب وإن كان صغيرا لكونه حرا
يدا مع أنه رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة أولى أن لا يضمن ووجه الاستحسان أن هذا ضمان اتلاف لا ضمان غصب والصبي يضمن
بالاتلاف وهذا لأنه نقله الى أرض مسبعة أو الى مكان الصواعق اتلاف منه تسببا وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ وهو المولى فيضمن
وهذا لأن الحيات والسباع والصواعق لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد أزال حفظ المولى
عنه متعديا فيضاف اليه لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى فان ذلك لا يختلف
باختلاف الأماكن حتى لو نقله الى مكان تغلب فيه الحمى والأمراض نقول إنه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسببا بخلاف
المكاتب لأنه في يد نفسه وإن كان صغيرا فهو يلحق بالكبير ألا ترى أنه لا يزوج الا برضاه كالبالغ والحر الصغير يزوجه وليه بدون
رضاه فاذا أخرجه من يد المولى فمات مما يمكن التحرز عنه يضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب كالحر الكبير
حتى لو لم يمكنه من حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب بأن صنع ٧ من قيده ونحوه يضمن المكاتب والحر الكبير أيضا كما يضمن الصغير لأنه
حينئذ يكون التلف مضافا الى الغاصب بتقصيره في حفظه قال رحمه الله ﴿كصبي أودع عبدا فقتله وإن أودع طعاما فأكله لم يضمن﴾
أي يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبي اذا قتل عبدا أودع عنده وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع هو قول
أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى يضمن الصبي المودع في الوجهين وعلى هذا لو أودع العبد المحجور
عليه مالا فاستهلكه لا يؤخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ويؤخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي
رحمهما الله تعالى يؤخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقرار في العبد والصبي وكذا الاعارة فيهما ثم إن محمدا رحمه الله شرط
في الجامع أن يكون الصبي عاقلا وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في الصبي الذي عمره اثنا عشر سنة وذلك دليل على أن غير العاقل
يضمن بالاتلاف ولأن التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لأبي يوسف والشافعي رحمهم الله تعالى اذا أتلف مالا متقوما معصوما حقا
للمالك فيجب عليه ضمانه كما اذا كانت الوديعة عبدا أو كان الصبي مأذونا له في التجارة أو في الحفظ من جهة الولي وكما اذا

أتلف غيره ما في يده ولم يكن معصوما لثبوت ولاية الاستهلاك فيه وظهر أنه أتلف مالا غير معصوم ولا يؤاخذ بضمانه كما لو أتلفه بإذنه ورضاه وهذا لأن العصمة ثبتت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضعه في يد غير مانعة فلا يبقى معصوما إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة هنا لأنه لا ولاية له على الصبي حتى يلزمه ولا ولاية للصبي على نفسه حتى يلتزم بخلاف المأذون له لأن له ولاية على نفسه كالبالغ وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدا لأن عصمته لحق نفسه إذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم فكانت عصمته لحق نفسه لا للمالك لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية استهلاك حتى يتمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده ولا يقدر أن يمكن غيره من ذلك فلا يعتبر تسليطه فيضمن الصبي باستهلاكه بخلاف سائر الأموال قال في العناية وإذا استهلك الصبي فلا يخلو إن كان مأذونا له في التجارة وإن كان محجورا عليه لكنه قبل الوديعة بإذن وليه ضمن بالإجماع وإن كان محجورا عليه وقبلها بغير إذن وليه فلا ضمان عليه عند الإمام ومحمد في الحال ولا بعد الإدراك وقال أبو يوسف يضمن في الحال وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة يضمن في الحال وهو تقسيم حسن اهـ

﴿باب القسامة﴾

لما كان أمر القتيل يؤول إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكرها هنا في باب على حدة في آخر الديات والكلام في القسامة من وجوه الأول في معناها لغة والثاني في معناها شرعا والثالث في ركنها والرابع في شرطها والخامس في صفتها والسادس في دليلها أما الأول فالقسامة في اللغة اسم وضع موضع الإقسام كذا في عامة الشروح أخذا من المغرب وقال في معراج الدراية القسامة لغة مصدر أقسم كما لا يخفى على من له دراية بعلم الأدب وأما في عرف الشريعة فهي أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو غيرهما وجد فيها قتيل به أثر يقول كل منهم والله ما قتلته ولا علمت له قاتلا كذا في العناية قال في النهاية وأما تفسيرها شرعا فما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال في القتيل الذي يوجد في المحلة أو دار رجل في المصر إن كان به جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم قاتله يقسم خمسون رجلا من أهل المحلة كل منهم يقول بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا اهـ أقول ما ذكر في النهاية إنما هو مسألة القسامة شرعا لا أن التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها التصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن أن يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعا في أول الباب بمعزل عن سنن الطريق وأما ركنها فهو أنه يجري من أن يقسم هذه الكلمات التي يقسم بها على لسانه ثم قال في النهاية وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلا بالغا عاقلا حرا فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد وأن يكون في الميت الموجود أثر القتل وأما لو وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية ومن شرطها أيضا تكميل اليمين بالخمسين اهـ وفي غاية البيان أيضا كذلك ومن شروطها أيضا أن لا يعلم قاتله فإن علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص فيه أو الدية كما تقدم ومنها أن يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ومنها الدعوى من أولياء القتيل لأن القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى ومنها إنكار المدعى عليه لأن اليمين وظيفة المنكر ومنها المطالبة في القسامة لأن اليمين حق المدعي وحق الإنسان يوفى عند طلبه كما في سائر الأموال ومنها أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لأحد أو في يد أحد فإن لم يكن ملكا لأحد ولا في يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية في قن أو مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد مقتولا في دار مولاه نص في البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل وأورد على اشتراط الحرية إذا وجد قتيل في دار مكاتب فعليه القسامة وإذا حلف يجب الأقل من قيمته ومن الدية نص عليه في البدائع وأجيب بأن المكاتب حر يدا وإن لم يكن حرا رقبة كما صرحوا به في الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة فجاز اشتراطها الحرية في القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وأما صفتها فهي وجوب الأيمان وأما دليلها فالأحاديث المشهورة وإجماع الأمة وأما سببها فوجود القتيل في المحلة وما في معناه قال رحمه الله ﴿قتيل وجد في محلة لم يدر قاتله حلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا﴾ هذا على سبيل الحكاية عن الجميع وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا لجواز أنه قتله وحده فيجترئ على يمينه ما قتلنا جميعا ولم يعكس لأنه إذا قتله مع غيره كان قاتلا وقال الشافعي رحمه الله إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ وقال مالك رحمه الله يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي

واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو يشهد عدل أو جماعة
غير عدول أن أهل المحلة قتلوه وإن لم يكن ثم لوث استحلف المدعى عليهم فإن حلفوا لا دية عليهم وإن أبوا أن يحلفوا حلف
المدعي واستحق ما ادعاه لنا قوله صلى الله عليه وسلم لو أعطي الناس بدعواهم الحديث وقوله البينة على المدعي واليمين على من
أنكر ولا فرق في ذلك بين الدم والأموال على ظاهر الأحاديث وما روي في قتيل وجد بين قوم قال يستحلف خمسين رجلا منهم
فهو كقول المؤلف وقيل جرح يخرج مخرج العادة قال في الغاية جرح رجل في قبيلة ولم يعلم جارحه فإما أن يصير صاحب فراش
أو يكون صحيحا يذهب ويجيء فإن كان الثاني فلا ضمان بالاتفاق وإن كان الأول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند
الإمام وعند الثاني لا شيء فيه اهـ وأطلق في القتيل فشمل الخطأ والعمد والدعوى بذلك قال في الأصل وإذا وجد قتيل في محلة قوم
وادعى ولي القتيل القتل عمدا أو خطأ فهذا على ثلاثة أوجه إما أن يدعي ولي القتيل على واحد من أهل المحلة أنه هو الذي قتل وليه
فإن ادعى على جميع أهل المحلة أنهم قتلوا وليه عمدا أو خطأ أو ادعى على واحد من غير أهل المحلة أنه هو الذي قتل وليه عمدا أو خطأ
وأنكر أهل المحلة فإنه يحلف خمسون رجلا منهم كل واحد بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا فإن حلفوا غرموا الدية وإن نكلوا فإنه
يحبسهم حتى يحلفوا وفي الذخيرة هذا الحبس بدعوى العمد وإن كان يدعي الخطأ فإذا نكلوا عن اليمين يقضي عليهم بالدية اهـ
وقوله تخيرهم الولي يعني يختار الصالحين دون الطالحين ولو من أهل الذمة وإن كان القتيل مدبرا أو مكاتبا وجبت القسامة وقيمته
في ثلاث سنين لأن العبد نزله الأحرار في حق الدماء وروي عن أبي يوسف أنه لا شيء فيه لأنه في حكم الأموال عنده ولا قسامة في
الجنين لأنه نفس الخلقة اهـ قال رحمه الله ﴿وإن حلفوا فعلى أهل المحلة الدية ولا يحلف الولي﴾ وقال الشافعي رحمه الله يحلف وقد
تقدم ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم يحلف خمسون رجلا منكم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم أغرموا الدية فقال الحارث
يا رسول الله يحلف ويغرم فقال نعم الحديث هذا إذا ادعى عليهم لا بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ لأن المدعى عليهم لا يتميزون عن الباقين
ولو ادعى على البعض بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ فكذلك الجواب وإطلاق الكتاب يدل على ذلك وعن أبي يوسف في غير
رواية الأصول أن القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولي ألك بينة فإن قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا
واحدة وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة مثله ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وفي الاستحسان تجب
القسامة والدية على أهل المحلة والنصوص لم تفرق بين دعوى ودعوى فيجاب بإطلاق النصوص لا بالقياس بخلاف ما إذا ادعى على
واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم إن حلف بريء وإن نكل ففي دعوى المال
يثبت وفي دعوى القصاص فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في كتاب الدعوى قال رحمه الله ﴿وإن لم يتم العدد كرر الحلف عليهم
ليتم خمسين يمينا﴾ لأن الخمسين وجبت بالنص فيجب تمامها ما أمكن ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة فيما ثبت بالنص وقد
روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بالدية وروي عن شريح والنخعي مثل ذلك ولأن فيه استعظاما لأمر الدم فيتكمل وتكرار
اليمين من واحد على سبيل الوجوب ممكن شرعا كما في كلمات اللعان وإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له
ذلك لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال وقد كمل قال رحمه الله ﴿ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة وعبد﴾ لأنهم ليسوا من
أهل النصرة وإنما هم أتباع والنصرة لا تقوم بالأتباع واليمين على أهل النصرة ولأن الصبي والمجنون ليسا من أهل القول الصحيح
واليمين قول وقوله وامرأة وعبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها أقول يشكل إطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد
في مسألة وهي أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها وأما
عند أبي يوسف القسامة أيضا على العاقلة قال رحمه الله ﴿ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به أو يسيل دم من فمه أو أنفه أو دبره
بخلاف عينه وأذنه﴾ لأن القسامة تجب في القتيل وهذا ليس بقتيل وإنما مات حتف أنفه وفي مثله لا قسامة ولا غرامة لأن الغرامة
تتبع فعل العبد والقسامة لاحتمال القتل منهم ولا بد من أن يكون بالميت أثر يستدل به على أنه قتيل بخلاف ما إذا خرج دمه من عينه
وأذنه لأنه لا يخرج عادة إلا من كثرة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا فتجري عليه أحكامه وهو المراد بقوله بخلاف عينه وأذنه ولو وجد
بدن القتيل كله أو أكثر من نصفه أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وإن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد
أقل من النصف وكان معه الرأس أو لم يكن فلا شيء عليهم لأن هذا حكم عرف بالنص وقد ورد به في البدن ولكن للأكثر حكم الكل

فأجرينا عليه أحكامه تعظيما للآدمي والأول ليس في معناه فلا يلحق به وإلا لو اعتبرناه لاجتمعت الديات والقسامات بمقابلة شخص
واحد بأن توجد أطرافه في القرى متفرقة وهو غير مشروع وبني على هذا صلاة الجنازة لأنها لا تتكرر كالقسامة والدية قال الشارح
ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب لا شيء على أهل المحلة لأنه لا يفوق الكبير حالا وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق
وجبت القسامة والدية عليهم لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا إلى آخره أقول في تحرير هذه المسألة قصور من وجوه الأول أن
الجنين على ما صرحوا به في عامة كتب اللغة الولد ما دام في البطن فكيف يتصور أنه يوجد في محلة جنين وحده وهو في بطن أمه وأما
وجوده مع أمه فبمعزل عما نحن فيه لكون الحكم هناك للأم دون الجنين والثاني أن ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط لأن السقط
على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي يسقط قبل تمامه والجنين يعم تام الخلق وغير تامه والثالث أن قوله ليس به أثر الضرب غير
كاف في جواب المسألة إذ لا بد فيه من أن يكون به أثر الجراحة والخنق كما تقرر فيما سبق فالاقتصار هنا على نفي أثر الضرب تقصير
والأظهر أن يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس فيه أثر القتل فلا شيء عليهم فتدبر قوله وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق
وجبت القسامة والدية عليهم لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا فإن قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين
الصبي ولسانه وذكره إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وإن كان الظاهر سلامتها أجيب بأنه إنما لم يجب في الأطراف قبل أن يعلم
صحتها ما يجب في السليمة لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وليس بعظيم كتعظيم النفس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص
أو دية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو من وجه فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما
للنفوس لأن الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الأثر إذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما إذا وجد ميتا ولا أثر به
لا يجب فيه شيء هكذا ذكره جمهور الشراح وزيف صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وهذا كما
ترى مع تطويله لم يرد السؤال ورد عما فيه لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما سلك به مسلكها فلأن لا يكون فيما هو
أعظم خطرا أولى انتهى ولأن الجنين نفس من وجه فاعتبرنا جهة النفس إن انفصل حيا فيستدل عليه بتمام الخلق وعضو من وجه فاعتبرنا
جهة العضو إن انفصل ميتا فيستدل عليه بنقصان الخلق قال رحمه الله ﴿قتيل على دابة ومعها سائق أو قائد أو راكب فديته على
عاقلته﴾ دون أهل المحلة لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره وإن اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا لأن
القتيل في أيديهم دون أهل المحلة فصار كما إذا وجد في دارهم ولا يشترط أن يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق أن تدبير الدابة
إليهم وإن لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار إلى مالكها وإن لم يكن ساكنا فيها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة وعلى هذا إن
لا فرق بينها وبين الدار وعن أبي يوسف أنه لا يجب على السائق إلا إذا كان يسوقها مختفيا لأن الإنسان قد ينقل قريبه الميت
من مكان إلى مكان للدفن وأما إذا كان على وجه الخفية فالظاهر أنه هو الذي قتله وإن لم يكن مع الدابة أحد فالدية والقسامة على
أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لأن وجوده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه الدابة وفي شرح الطحاوي
أو كان الرجل يحمله على ظهره فهو كالذي مع الدابة وظاهر عبارة المؤلف أنه لا فرق بين أن يكون المالك معروفا أولا وفي شرح
الطحاوي فالقسامة والدية عليهم هكذا ذكر محمد ولم يفصل بين ما إذا كان للدابة مالك وبين ما إذا لم يكن على إطلاق الجواب ومن
مشايخنا من قال هذا إذا لم يكن للدابة مالك معروف وإنما يعرف ذلك القائد والسائق فأما إذا كان مالك الدابة معروفا فإنما تجب
القسامة والدية على مالك الدابة نظير هذا ما قال محمد في كتاب العتاق أن الرجل إذا استولد جارية في يده ثم أقر أنها لفلان إن كان
المقر له مالكا معروفا وهذه الجارية صدق المستولد ولم تصر أم ولده وإن لم يكن المقر له مالكا معروفا لم يصدق لأنها صارت أم ولده من
حيث الظاهر فكذلك هنا ومن المشايخ من قال سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن فإن القسامة تجب على الذي في يده الدابة
والدية على عاقلته ولو وقعت المنازعة بين أهل المحلة وبين السائق كان القول قول السائق إن الدابة له قال رحمه الله ﴿وإن مرت
دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى أقربهما﴾ لما روي أنه صلى الله عليه وسلم أمر في قتيل وجد بين قريتين بأن يذرع فوجد
أحدهما أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما إذا كانوا بحيث يسمع منهم الصوت وأما إذا كانوا بحيث لا يسمع
منهم الصوت فلا شيء عليهم لأنهم إذا كانوا بحيث لا يسمع منهم الصوت لا يمكنهم الغوث وهذا قول الكرخي رحمه الله تعالى وعبارة
المتن ظاهرها الإطلاق وأما إذا وجد في فلاة في أرض فإن كانت ملكا لإنسان فهما على المالك وإن لم تكن ملكا لأحد فإن كانت

يسمع منها الغوث من مصر من الأمصار فعليهم القسامة وإن كان لا يسمع فإن كان للمسلمين فيها منفعة لاحتطاب أو لكلأ فالدية
في بيت المال لأن انتفاع عامة المسلمين فيه فقد صار في أيديهم فيكون على أقربها إذا لم يكن الأرض ملكا لأحد كما قال إذا كان
يسمع منه صوت من المصر هو فهذا ممن ليس أهل [illegible] دار [illegible] وقوله بين قريتين مثال وكذا لو وجد بين قبيلتين
أو بين محلتين قال في المحيط ما دار [illegible] مباح فإن كان في حصنه أو وسطه فالقسامة على مالكها والدية على من يسكنها
لأنه في يده كما في الدار إن كان خارجا عنها فعلى القسامة أي أقربهما إليه لأنهم لما نزلوا فيه أماكن محلة صارت الأمكنة
بمنزلة المحال لهم فيعتبر القرب ألا ترى أنه ليس لغيرهم إزعاجهم عن هذا المكان ولو وجد بين المصلين فعلى أقربهما فإن استويا
فعليهما كما لو وجد بين محلتين بين قريتين هذا إذا نزلوا قبائل متفرقين فإن نزلوا جملة مختلطين ووجد القتيل خارج الخيام
فعلى أهل العسكر كلهم لأنهم لما نزلوا جملة صارت الأمكنة كلها بمنزلة محلة واحدة لأن الأمكنة كلها منسوبة إلى جميع العسكر لا إلى
البعض وإن كان العسكر في أرض رجل فالقسامة والدية عليه لأن العسكر في هذا المكان بمنزلة السكان والقسامة والدية على الملاك
دون السكان بالإجماع فهنا أولى من الدار وأبو يوسف رحمه الله تعالى فرق فقال عنده في الدار تجب على السكان دون
الملاك والفرق أن العسكر نزلوا في هذا المكان للانتقال والارتحال لا للقرار وما لا قرار له وجوده وعدمه بمنزلة فأما السكان في الدار
للقرار لا للانتقال فافترقا ولابد من التقييد وإن كان أهل العسكر قد لقوا عدوا فلا قسامة ولا دية لأن الظاهر أنه قتل العدو
ولو جرح في محلة وقتله فحمل مجروحا فمات في محلة أخرى من تلك الجراحة فالقسامة والدية على أهل المحلة التي جرح فيها لأن القتل
حصل وجد في المحلة الأولى دون الأخرى رجل جرح وحمله إنسان من أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الحامل عند أبي
يوسف وفي قياس أبي حنيفة يضمن وهذا بناء على ما إذا جرح في قبيلة ثم مات في أهل قبيلة أخرى لأن يده بمنزلة المحلة فصار وجوده
مجروحا في يده كوجوده في محلته قال رحمه الله ﴿وإن وجد في دار إنسان فعليه القسامة والدية على عاقلته﴾ لأن الدار في يده
وتصرفه ولا يدخل السكان في القسامة مع المالك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله وقال أبو يوسف هي عليهم جميعا لأن ولاية التدبير
تكون بالسكنى كما تكون بالملك ولهما أن الملاك هم المختصون بنصرة البقعة عادة دون السكان ولأن تمليك الملاك ألزم وقرارهم
أدوم وكانت ولاية التدبير إليهم فيتحقق التقصير منهم وفي الأصل وإذا وجد القتيل في الدار تجب القسامة على صاحب الدار والدية
على عاقلة الدار من أهل الخطة وفي الذخيرة باتفاق الروايات وكذا ذكر محمد في هذه المسألة في الأصل وذكر في موضع آخر من
الأصل أن القسامة والدية على قوم صاحب الدار فتمت الروايات أن الدية على قومه واختلفت الروايات في القسامة ذكر في بعض
الروايات أنها تكون على المشتري خاصة وذكر في بعض الروايات أنها تكون على عاقلة المشتري وحكي عن الكرخي أنه وفق بين
الروايتين فقال إنما تجب عليه خاصة إذا كان قومه غيبا ومعنى الرواية التي قال إنها تكون عليه وعلى قومه أن تكون قومه حضورا حتى
لو لم يوجد منهم في الخطة ثم وجد قتيل في سكة من سككهم أي في مسجد من مساجدهم وفيها سكان ومشترون فإن القسامة على
المشتري وهذا الذي ذكر قول أبي حنيفة ومحمد فأما في قول أبي يوسف في إحدى الروايتين تجب القسامة والدية على السكان
لا على المشترين الذين هم ملاك وفي الرواية الثانية يقول تجب على المشتري والسكان وفي الذخيرة وجد قتيل في دار فقال صاحب
الدار أنا قتلته لأنه أراد أخذ مالي ونبش المقتول سيما لسرق [illegible] فعن أبي حنيفة أنه لا شيء على صاحب الدار وفي موضع آخر
قال إن عليه الدية لا القصاص وإن لم يقر صاحب الدار بقتله لا يقتله ويجب الدية على العاقلة وفي الينابيع رجل وجد قتيلا فادعى
ولي الجناية على رجل أنه قتله وكان يعرف بينه وبين المقتول عداوة ظاهرة فإن أنكر المدعى عليه قال الولي أحلف بالله قتله وآخذ منك
الجناية أي الدية فإنه ليس للقاضي أن يفعل ذلك عندنا وقوله دار إنسان مثال وكذا لو وجد في حانوت والكرم والأرض في الحكم
كما ذكرنا في الدار وفي المحيط وإذا وجد قتيل في محلة خربة ليس فيها أحد [illegible] عامرة وفيها أناس كثيرة تجب القسامة والدية
على أهل المحلة العامرة لأنها أقرب الأماكن إليها ولو وجد في دار من لا تقبل شهادته له كامرأة في دار زوجها تجب القسامة
والدية ولا يحرم الإرث لأنه حكم بأنه قتله حكما بترك الحفظ ولو وجد القتيل في دار امرأة كرر عليها اليمين خمسين مرة والدية على
عاقلتها وهو قول محمد وعند أبي يوسف على أقرب القبائل قال في المحيط وجاريتان كانتا في بيت ليس معهما ثالث فوجدت إحداهما مذبوحة
قال أبو يوسف تضمن الأخرى الدية لأن الظاهر أنه لا يقتل نفسه فاعتبر قتله الآخر وقال محمد لا حكم لأنه يحتمل أن الآخر قتل نفسه وإن

الآخر قبله فلا يضمنه بالشك ولو أن دارا معطلة ليس فيها أحد وجد فيها قتيل فالقسامة والدية على عاقلة رب الدار قال رحمه الله ﴿وهي على أهل الخطة دون السكان والمشترين﴾ هذا قول الإمام ومحمد وأهل الخطة هم الذين خط لهم الإمام الأرض خطة وقال أبو يوسف الكل مشترك لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ عمن له ولاية الحفظ وهم في ذلك سواء وكذا في ترك الحفظ فصار كالدار المشتركة بين واحد من أهل الخطة وبين المشتري ولو كان للمحلة أثر في التقديم لما شاركهم المشتري ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف وكذا في الحفظ ولأن صاحب الخطة أصيل والمشتري دخيل وولاية الحفظ إلى الأصيل دون الدخيل وفي الدار المشتركة لأن تدبيرها إلى المالك مطلقا بخلاف القرية والمحلة والدار فإنه إذا وجد قتيل في دار مشتركة بين مشتر وصاحب خطة فإنهما يستويان في القسامة والدية بالإجماع وفي المحلة أوجب القسامة والدية على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهم لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته والفرق أن العرف جار بأن تدبير المحلة لأهلها دون المشتري منه وتدبير الدار للمشتري ولو قال جميعا على أهل الخطة لكان أولى لأن الضمير يرجع إلى أقرب مذكور وهو الدية وقدمنا أنه لا فرق بينهما في الحكم متأخر قال رحمه الله ﴿فإن لم يبق واحد منهم فعلى المشترين﴾ يعني إن لم يبق واحد من أهل الخطة فعلى المشترين لأن الولاية انتقلت إليهم لزوال من يزاحمهم ثم إذا وجد في دار إنسان تدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حاضرين عندهما وعند أبي يوسف لا تدخل لأن رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم وصاروا كما إذا كانوا غائبين ولهما أنهم في الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما لزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة وقدمنا أن هذا قول الكرخي قال رحمه الله ﴿ولو وجد في دار مشتركة على التفاوت فهي على عدد الرءوس﴾ أي إذا وجد القتيل في دار مشتركة بين جماعة أنصباؤهم فيها متفاوتة بأن كان بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس تقسم الدية والقسامة على عدد رءوسهم ولا تعتبر تفاوت الأنصباء لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرءوس بمنزلة الشفعة وفي الجامع الصغير دار نصفها لرجل وعشرها لآخر ولآخر ما بقي فوجد فيها قتيل فهي على عدد رءوس الرجال ولا تفاوت الملك حتى إن القتيل إذا وجد في دار بين اثنين أثلاثا تجب الدية بينهما نصفين وكذا دار بين بكر وزيد أثلاثا فوجد فيها قتيل فالدية على عاقلتهما نصفين وهذا الذي ذكره قول محمد رواه عن أبي حنيفة وروي عن أبي يوسف بخلافه فإنه قال على عدد الملك ولو وجد قتيل بين قريتين فالدية على أهل القريتين على السواء ولا ينظر إلى عدد أهل القريتين وكذلك قال أبو يوسف في دار بين تميمي وبين أربعة من همدان وجد فيها قتيل فالدية بينهما نصفان وعند محمد تجب الدية أخماسا وإذا وجد قتيل بين قريتين وهو في القرب إليهما على السواء ووجد في إحدى القريتين من الناس أكثر وفي الأخرى أقل من ذلك فالدية على القريتين نصفين بلا خلاف وقال أبو يوسف في قتيل وجد بين دور دار لتميمي ودارين لهمدان وهو في القرب منهما على السواء فالدية نصفان واعتبر القبيلة دون العدد وإذا وجد القتيل في دار بين قبائل تجب القسامة على عواقلهم جميعا [illegible] على العواقل وكذا إذا وجد في المسجد الذي للمحلة المعتبر عدد القبائل والقبائل هنا ثلاث فالدية أثلاث ولهذا قالوا إن أهل الديوان إذا جمعهم ديوان واحد وقتل واحد منهم كان على أهل ديوانه لا على أهل عشيرته قال رحمه الله ﴿وإن بيع ولم يقبض فهي على عاقلة البائع وفي الخيار على ذي اليد﴾ أي إذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري حتى وجد فيها قتيل فضمانه على عاقلة البائع وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند أبي حنيفة وقالا إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له لأنه إنما أنزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي الذي شرط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر ولأبي حنيفة أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك ألا ترى أنه يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض وكذا إذا كان فيه خيار لأحدهم لأنه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا وإذا كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر بيده لأنها تقدر على الحفظ بخلاف صدقة الفطر فإنها تجب على المالك لا على الضامن وهذا ضمان جناية فيجب على الضامن لأن ضمان الجناية لا يشترط فيه الملك ألا ترى أن الغاصب تجب عليه ضمان جناية العبد المغصوب ولا ملك بخلاف

ما إذا كانت الدار في يده وديعة لأن هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وهو إنما يجب على من كان قادرا على الحفظ وهو من له يد أصالة
لا نيابة ويد المودع يد نيابة وكذا المستعير والمرتهن وكذا الغاصب لأن يده يد أمانة لأن العقار لا يضمن بالغصب عند أبي حنيفة ذكره
في الهداية والنهاية لا يدل على أن الضمان على الغاصب فإن قلت لو جنى العبد في البيع البات قبل القبض يخير المشتري بين الرد
والإمضاء وهنا لا يخير والفرق أن الدار لا يصح فيها وجود القتيل وفيها خلاف العبد لأنه يصير مستحقا بالجناية وفي مختصر جواهر زاده
وإن وجد في دار يتامى المسلمين فالقسامة والدية على عاقلة اليتامى والأصل أن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر لوجوب الدية على العاقلة
اليد الحقيقية لأنها تثبت القدرة على الحفظ وهما يعتبران الملك قال رحمه الله ﴿ولا تعقل عاقلة حتى تشهد الشهود أنها لذي اليد﴾
أي إذا كانت دار في يد رجل ووجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى تشهد الشهود أنها لصاحب اليد لأن الملك لصاحب اليد لا بد منه
حتى تعقل عاقلته عنه واليد وإن كانت تدل على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لإيجاب الضمان على العاقلة كما لا يكفي للاستحقاق
ويصلح للدفع وقد عرف في موضعه قال صاحب العناية ولا يختلج في وهمك صورة تناقض بعدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن
الاعتبار عند أبي حنيفة رضي الله عنه لليد لأن اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالأصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذي
ذكره المصنف بقوله لأنه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه وهل لا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبي
حنيفة لليد دون الملك كما في المسئلة المتقدمة آنفا فإن الملك هناك للمشتري مع أن الدية عنده على عاقلة البائع لكونه صاحب اليد
قبل القبض كما مر تفصيله قال صاحب العناية ولا يلزم أبا حنيفة أن يعتبر اليد في استحقاق الدية كما قال في الدار المبيعة في يد البائع
يوجد فيها قتيل لأن الدية تجب على عاقلة البائع لأنه يعتبر يد المالك لا مجرد اليد ثم ثبتت هنا يد المالك إلا بالبينة اهـ وذكر
في معراج الدراية ما يوافقه حيث قال وفي جامع كريشي اعتبر أبو حنيفة رضي الله عنه مجرد اليد في المسئلة المتقدمة وهنا لا يثبت
ذلك إلا بالبينة ولا يرد نقضا عليه اهـ أقول هذا التوجيه مشكل لأن الملك في المسئلة المتقدمة كان للمشتري لا محالة وعن هذا أيضا
النزاع بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه في تلك المسئلة إذ لو كان الملك أيضا للبائع لما صار محل الخلاف وإقامة الحجة من الجانبين على
ما مر بيانه فإذا كان الملك هنا للمشتري فكيف يتحقق للبائع أن ذاك يد المالك إذ ثبوت يد الملك له يقتضي ثبوت نفس الملك أيضا
له فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وإن أريد بيد الملك غير معناه
الظاهر أي اليد التي كانت لصاحبها ملكا في الأصل وإن زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الأصل المزيل
في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق أن يعد ذلك أصلا لإمام الأعظم فعليك بالتأمل الصادق وظاهر إطلاق المصنف
أنه لا فرق بين ما إذا أنكر العواقل أن الدار له وأقروا بها قال فخر الإسلام البزدوي قصد بهذا الكلام إذا أنكر العواقل كون
الدار له وقالوا هي وديعة في يده فالقول لهم إلا أن يقيموا بينة على الملك كذا في العيني على الهداية ولا فرق في ذلك بين أن يكون
القتيل الموجود فيها صاحب الدار أو غيره عند الإمام رحمه الله تعالى قال رحمه الله ﴿وفي الفلك على من فيها من الركاب
والملاحين﴾ لأنها في أيديهم ويستوي المالك وغيره في الدار فيه وعلى هذا قول أبي يوسف ظاهر لأن عنده يستوي المالك
والساكن في الدار والفرق لهما أن الفلك ينقل ويحول فيكون في اليد حقيقة بخلاف العقار فإنه لا ينقل ولا يحول وفي المحيط
وقيل تجب على سكان السفينة دون مالكها لأن السفينة تحت يد الساكن دون المالك وفي شرح الطحاوي إنما تجب على
راكب السفينة إذا لم يكن لها مالك معروف وإن كان لها مالك معروف فعلى مالك السفينة ومنهم من يقول على الراكب مطلقا
وإطلاق محمد في الزوارق الجواب على هذا قال رحمه الله ﴿وفي مسجد محلة لهم وفي الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت
المال﴾ للعامة لا يختص به واحد منهم والقسامة لنفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في حق الكل فلذا تكون في بيت المال
لأنه مال العامة وكذلك الجسور العامة والسوق العامة التي تكون في الشوارع لأن التدبير في هذا كله إلى الإمام لأنه نائب
المسلمين لا إلى أهل السوق وقال في النهاية أراد به أن يكون السوق الأعظم نائيا عن المحال وأما الأسواق التي في المحال فهي
محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا في السوق النائي عن المحال إذا كان لها سكان أو كان
لأحد فيها دار مملوكة وأما كون القسامة والدية عليهم لأنه يلزمهم الحفظ بخلاف الأسواق المملوكة لأهلها أو التي في المحال
والمساجد التي فيها حيث يجب الضمان فيها على أهل المحلة أو على المالك على الاختلاف الذي بيناه لأنها محفوظة بحفظ أربابها أو بحفظ

أهل المحلة وفي المنتقى إذا وجد قتيل في صف من السوق فإن كان أهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم وإن كانوا
لا يبيتون فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت ولو وجد في السجن فديته على بيت المال عندهما وعند أبي يوسف على أهله وهي
مبنية على مسألة السكان والملاك قال رحمه الله ﴿ويهدر لو في برية أو وسط الفرات﴾ لأن الفرات ليس في يد أحد ولا في ملكه
إذا كان يمر به الماء بخلاف ما إذا كان النهر صغيرا بحيث يستحق به الشفعة حيث يكون ضمانه على أهله لقيام يدهم عليه وكذا
البرية لا يد لأحد فيها ولا ملك فيهدر ما وجد فيها من القتل حتى لو كانت البرية مملوكة لأحد أو كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه
الصوت تجب على المالك وعلى أهل القرية لما بينا ولو وجد القتيل في المسجد الحرام من غير زحام الناس في المسجد أو بعرفة
فالدية على بيت المال من غير قسامة بهذه الحالة في المنتقى وفيه أيضا وكل قتيل يوجد في المسجد الجامع ولا يدرى من قتله أو قتله رجل
من المسلمين ولكن لا يدرى من هو أو زحمه الناس يوم الجمعة فقتلوه ولا يدرى من هو فهو على بيت المال وإذا وجد في المسجد لقبيلة
فهو على أقرب الدور منه إن كان لا يعلم الذي اشتراه وبناه وإن كان يعلم الذي اشترى المسجد وبناه كان على عاقلته القسامة والدية
وإن كان في درب غير نافذ أو مصلاه واحد كان على عاقلة أصحاب الدور الذين في الدرب وفيه أيضا إذا وجد القتيل في قبيلة فيها عدة
مساجد فهو على القبيلة كما إذا لم يكن قبيلة فهو على أصحاب المحلة وأهل كل مسجد محلة وفي السغناقي وإذا وجد القتيل في وقف
المسجد فهو كوجوده في المسجد الجامع لأن الدية في بيت المال وإن كان الوقف على قوم معلومين فالدية والقسامة عليهم وكذلك
الجسور للعامة وفي المنتقى إذا وجد قتيل على الجسر أو على القنطرة فذلك على بيت المال وذكر الكرخي وشيخ الإسلام أن
النهر العظيم إذا كان انتساب مائه في دار الإسلام تجب الدية في بيت المال لأنه في أيدي المسلمين بخلاف ما إذا كان موضع انتساب
مائه في دار الحرب لأنه يحتمل أن يكون قتيل أهل الحرب فيهدر قال رحمه الله ﴿ولو محتبسا بالشاطئ فعلى أقرب القرى﴾ أي
لو كان القتيل محتبسا بالشاطئ فعلى أقرب القرى في ذلك الموضع لأن الشط في أيديهم يستقون منه ويوردون دوابهم فكانوا
أخص بنصرته وفي شرح الطحاوي وإن كان الشط ملكا لأحد فإن كان ملكا خاصا فهو كالدار وإن كان ملكا عاما فهو كالمحلة فأما إذا
كان نهرا صغيرا أخذ من الفرات أو نحوه لأقوام معروفين فإنه تجب القسامة على أصحاب النهر والدية على عاقلتهم وفي الكافي والنهر
الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة وإلا فهو عظيم كالفرات وجيحون ولم يتعرض المؤلف لما إذا وجد في بيت من ثبت له بعض
الحرية وفي الخانية ولو وجد المكاتب قتيلا في دار اشتراها لا يجب فيه شيء في قولهم جميعا وفي المكاتب سوى أبو حنيفة أيضا بين ما إذا
وجد قتيلا في داره وبين ما إذا وجد غيره قتيلا إلا أنه إذا وجد غيره قتيلا لا تجب الدية على العاقلة لأنه لا عاقلة للمكاتب وإنما تجب
عليه لأن عاقلته نفسه ولو وجد جميع أهل المحلة فلا تجب الدية على عواقلهم وتسقط القسامة وذكر في المنتقى عن ابن أبي مالك عن
أبي حنيفة أن من وجد قتيلا في دار نفسه فليس فيه قسامة ولا دية وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال على سكان القبيلة
وعلى عاقلة المقتول دية قال وهو قول أبي حنيفة ورواية ابن أبي مالك تخالف رواية الأصول وفي الذخيرة وفي شرح شيخ الإسلام إذا
وجد قتيل في محلة وزعم أهل المحلة أن رجلا منهم قتله ولم يدع ولي القتيل على واحد منهم بعينه لم تسقط عنهم القسامة والدية ورواية
الحسن بن زياد إذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد الذي سعى في بعض قيمته قتيلا في محلة فعليهم القسامة وتجب القيمة
على عواقل أهل المحلة في ثلاث سنين وقد روي عن أبي يوسف أنه لا يجب عليهم شيء في العبد والمكاتب والمدبر وأم الولد وهذا يجعل
كجناية على البهائم وبهذا أقول فإنه تجب قيمته بالغة ما بلغت إذا كان خطأ وإذا كان عمدا يجب القصاص وأما معتق البعض فإنه تجب
فيه القسامة والدية عندهم جميعا لأنه بمنزلة الحر عند أبي يوسف ومحمد والحر إذا وجد قتيلا في محلة فإنه تجب على أهل المحلة القسامة
والدية وعند أبي حنيفة هو بمنزلة المكاتب في الحكم إذا وجد قتيلا في محلة عنده هذا وفي شرح الطحاوي ولو وجد القتيل في دار
المكاتب فإنه تكرر عليه الأيمان فإن حلف يجب عليه الأقل من قيمته ومن الدية إلا عشرة لأن المكاتب عاقلة نفسه وفي التجريد
والأعمى والمحدود في القذف والكافر القسامة عليهم وإذا وجد العبد قتيلا في داره ولا دين فلا شيء فيه لأن المولى صار قاتلا له حكما لأن
الدار فيعتبر بما لو باشر ولو باشر لم يكن على المولى شيء فكذا هذا قلنا وهذا إذا لم يكن على العبد دين فأما إذا كان على العبد دين فإنه
يضمن المولى الأقل من قيمته ومن الدين وقد نص محمد على هذا التفصيل في كتاب المأذون قال رحمه الله ﴿وإن التقى قوم بالسيوف
فأجلوا عن قتيل فعلى أهل المحلة القسامة والدية إلا أن يدعي الولي على أولئك أو على معين منهم﴾ لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ

عليهم فيكون القسامة والدية عليهم الا اذا أبرأهم الولي بدعوى القتيل على واحد منهم بعينه فيبرأ أهل المحلة ولا يثبت على القاتل
الا بحجة على ما بينا وقوله على معين منهم ان أريد به الواحد من أهل المحلة لا يستقيم على قول أبي يوسف لان أهل المحلة يبرؤن
بدعوى الولي على واحد منهم معين وهو القياس وعندهما لا يبرؤن وهو استحسان وبيانه في أوائل الباب ولا يستقيم وان أريد به
واحد من الذين أشهروا السيوف ويستقيم بالاجماع وقال أبو جعفر في كشف الغوامض هذا اذا كان الفريقان غير متأولين
اقتتلوا عصبية وان كانوا مشركين أو خوارج فلا شيء فيه ويحمل ذلك من اصابة العدو واذا كان القتال بين المسلمين والمشركين في
دار الاسلام ولا يدري القاتل يرجح جانب المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح في انهم لا يتركون المشركين في مثل ذلك
الحال ويقتلون المسلمين فان قيل الظاهر ان قاتله من غير المحلة وانه من خصمائه قلنا فقد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم
بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم كذا في النهاية والعناية أقول يرد على هذا الجواب ان يقال ما بالكم تعملون هذا الظاهر
وهو وجوده قتيلا في محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تعملون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصماءه من
غير أهل المحلة في دفع القسامة والدية عن أهل المحلة مع ان الاصل الشائع ان يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالاظهر في
الجواب أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتيل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص
باضافة القتيل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى وسيأتي مثل هذا عن قريب ان شاء الله تعالى قال في
الهداية وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر أن قتله كان هدرا اهـ وصرح الى ذكر الفرق
بين هذا وبين ما اذا اقتتل المسلمون عصبية في محلة فأجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في الفرق ان القتال
اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدري أن القاتل من أيهما يرجح جانب احتمال قتل المشركين حملا
لامر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكفار في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس
ثمة جهة للحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان
لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد به النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك اهـ
وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير الى الفرق المذكور انه ظاهر فان الظاهر هاهنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة
لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص اهـ أقول ليس هذا الفرق بتمام فضلا عن كونه ظاهرا
اذ لا نسلم ان الظاهر ثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية على أهل المحلة ولا يكون
حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدرا فلا بد في تمام الفرق بين المسئلتين من المصير
الى ما ذكره المشايخ من البيان ونقله صاحب العناية كما حققته قال رحمه الله ﴿وان قال المستحلف قتله زيد حلف بالله ما قتلته
ولا عرفت له قاتلا غير زيد﴾ لانه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين وبقي حكم من سواه على حاله فيحلف عليه
ولا يقبل عليه قول المستحلف أنه قتله لانه يريد بذلك اسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل ويحلف على ما ذكرنا وفي النهاية
هذا قول محمد وأما على قول أبي يوسف فلا يحلف على العلم لانه قد عرف القاتل واعترف به ولا حاجة اليه ومحمد يقول بجواز أنه
عرف أن له قاتلا آخر معه قال رحمه الله ﴿وبطل شهادة بعض أهل المحلة على قتل غيرهم أو واحد منهم﴾ وهذا عند أبي حنيفة
وقالا تقبل شهادتهم اذا شهدوا على غيرهم لان الولي لما ادعى القتل على غيرهم تبين انهم ليسوا خصماء غاية الامر انهم كانوا عرضية
انهم يصيرون خصماء فتنزلهم قائلين للتقصير الصادر منهم ولا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة فصار كمن صار خصما في حادثة
لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية أن يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان أصلان متفق عليهما غير
أنهما يجعلان أهل المحلة ممن له عرضية أن يصير خصما وهو يجعلهم ممن انتصب خصما وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من
المسائل فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها
لا تقبل شهادته بالبيع ومن جنس الثاني الوكيل اذا لم يخاصم والشفيع اذا لم يطلب تقبل شهادتهما ولو ادعى الولي على رجل
بعينه من أهل المحلة وشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل شهادتهما عليه لان الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه
فكان متهما فلا تقبل شهادتهما قال المتأخرون من أصحابنا المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل لانا أنزلناها قاتلة فيجب عليها وهو

مختار الطحاوي وهو الأصح فصار كما إذا باشرت القتل بنفسها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب المعاقل ﴾

قال في النهاية لما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الباب ورده صاحب المعراج وقال وجه المناسبة ظاهر لما فرغ من بيان القتل الخطأ وتوابعه شرع في بيان من تجب عليه الدية إذ لا بد من معرفتها قال رحمه الله ﴿هي جمع معقلة وهي الدية﴾ أي المعاقل جمع معقلة بالضم والمعقلة الدية وتسمى عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسكها يقال عقل البعير عقلا إذا شده بالعقال ومنه العقل لأنه يمنع صاحبه من القبائح أقول هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعاقل لأن المعاقل جمع معقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤديا إلى التكرار ليس بتام في نفسه لأن بيان أقسام الديات وأحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات والمقصود بالبيان ههنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسبة في العنوان ذكر العواقل لأنها جمع العاقلة والكلام هنا من وجوه الأول في تفسيرها لغة والثاني في تفسيرها شرعا والثالث في كيفية وجوب الدية والرابع في بيان مدة الواجب والخامس فيما تحمله العاقلة والسادس فيمن تحول عليه الدية من عاقلة إلى عاقلة والسابع في عاقلة مولى الموالاة وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى قال في المبسوط فيه فصول أحدها في معرفة العاقلة والثاني في كيفية وجوب الدية عليه والثالث في بيان مدة الواجب والرابع فيما تتحمله العاقلة وما لا تتحمله العاقلة والخامس فيمن يحول الدية من عاقلة إلى عاقلة والسادس في عاقلة مولى الموالاة أما تفسيرها لغة فالعاقلة اسم مشتق من العقل وهو المنع ولهذا يقال لما يعقل به البعير عقالا لأنه يمنعه من النفور ومنه سمي اللب عقلا لأنه يمنع الإنسان عما يضره فكذلك عاقلة الإنسان وهم أهل نصرته يمنعونه من قتل من ليس له قتله وأما العاقلة والعقل وهو الدية فجمعه المعاقل ومنه العاقلة وهم الذين يتحملون العقل وهو الدية وأما العاقلة شرعا فهم أهل الديوان من المقاتلة وأهل الديوان الذين لهم رزق في بيت المال وكتب أسماؤهم في الديوان ومن لا ديوان له فعاقلته من عصبة النسب لا على أهل الديوان وعند الشافعي رضي الله عنه العقل على عصبته من النسب لا على أهل الديوان وذكر الطحاوي من أصحابنا أنها تجب في مال القاتل لأن وجوب العقل على العاقلة عرف بخلاف القياس لأن مؤاخذة غير الجاني بالجناية مما يأباه القياس والشرع إنما أوجب على أهل الديوان أو على العشيرة فبقي ما عداهما على قضية القياس ومن ليس له ديوان ولا عشيرة قيل يعتبر المحال ونصرة القلوب فالأقرب وقيل تجب في ماله وقيل تجب في مال بيت المال وكذلك اللقيط على هذا الخلاف ولا تعقل مدينة عن مدينة وتعقل مدينة عن قراها لأن العقل إنما هي على التناصر والتعاون وأهل كل مصر يتناصرون بأهل ديوان مصرهم ولا يتناصرون بديوان أهل مصر آخر وأهل كل مصر يتناصرون بأهل سوادهم وقراهم وإن كان بعيد المنزل منهم لأن البادية بادية واحدة فكانوا كأهل الديوان في مصر واحد يتعاونون على أهل المصر وإن بعدت منازلهم والباديتان إذا اختلفتا كانتا بمنزلة مصرين وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته قال رحمه الله ﴿ كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة ﴾ والعاقلة الجماعة الذين يعقلون العقل وهو الدية يقال وديت القتيل إذا أعطيت ديته وعقلت عن القاتل أي أديت عنه ما لزمه من الدية وقد ذكرنا الدية وأنواعها في كتاب الديات وأما وجوبها على العاقلة فالأصل فيه ما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها على عصبة العاقلة فقال أبو القاتلة المقضي عليه يا رسول الله كيف أغرم من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل ذلك يطل فقال عليه الصلاة والسلام هذا من الكهان ولأن النفس محترمة فلا وجه إلى إهدارها ولا إيجاب على المخطئ لأنه معذور ورفع عنه الخطأ وفي إيجاب الكل عليه عقوبة تأتيه من اجتياحه واستئصاله فيضم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف فكانوا أولى بالضم وقوله كل دية وجبت بنفس القتل يحترز به عما يغلب مالا بالصلح أو بالشبهة لأن العمد يوجب العقوبة ولا يستحق التخفيف ولا تتحمل عنه العاقلة وفي مبسوط شيخ الإسلام طعن بعض الفرق لا جناية من العاقلة ووجوب الدية باعتبارها فيكون في مال القاتل ويؤيد ذلك قوله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى ألا ترى أن من أتلف دابة يضمن في ماله فكذا العاقلة الدية فلما إيجاب الدية على العاقلة مشهور ثبت بالأحاديث المشهورة وعليه عمل الصحابة ومن بعدهم وإنه زيادة على كتاب الله تعالى قال رحمه الله ﴿وهي أهل الديوان إن كان القاتل منهم﴾ تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين وأهل الديوان هم الجيش الذين كتبت أسماؤهم في الديوان وهذا عندنا وقال

الدية على أهل النصرة لما روينا وكان كذلك الى أيام عمر رضي الله عنه ولا نسخ بعد النبي صلى الله عليه وسلم فبقي على ما كان
قلنا نعم لكن الأقارب أولى بها كالارث والنفقات ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الديوان
بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لانه كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع بالحلف
والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعل على أهلها اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم يتناصرون بالحرف
فعاقلتهم أهل الحرفة وان كانوا بالحلف فأهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى من ايجابها في أصول أموالهم
لانه أخف وما تحمل العاقلة الا للتخفيف والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ومحكي عن عمر رضي الله عنه اه
قال رحمه الله ﴿فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها﴾ لحصول المقصود لان المقصود التخفيف وقد
حصل أقول فيه بحث وهو أن القياس كان يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما الا أن الشرع ورد بذلك
كما عرف وانه والشرع انما ورد بايجابه مؤجلا ثلاث سنين فانه المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عمر رضي الله
عنه كما مر آنفا فينبغي أن يختص التأجيل بثلاث سنين اذ تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به
ويجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما اذا قتل الاب ابنه عمدا ليس بحال عندنا بل مؤجلا ثلاث
سنين فتأمل هل تمكن دفعه وهذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية
ثم خرجت بعد القضاء لا تؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء ولو خرجت عطايا ثلاث سنين مستقبلة في سنة واحدة تؤخذ منها كل الدية
لانها بعد الوجوب اذ الوجوب بالقضاء وقد حصل المقصود بذلك وهو التخفيف واذا كان الواجب ثلث الدية أو أقل يجب في سنة
واحدة واذا كان أكثر منه يجب في سنتين الى تمام الثلثين ثم اذا كان أكثر منه الى تمام الدية يجب في ثلاث سنين لان جميع الدية
في ثلاث سنين فيكون كل ثلث في سنة ضرورة والواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب في ثلاث سنين وذلك مثل الاب
اذا قتل ابنه عمدا اذا انقلب القصاص مالا ولو قتل عشرة رجلا واحدا خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين
اعتبارا للجزء بالكل وهو بدل النفس فيؤجل كل جزء من أجزائه ثلاث سنين وأول المدة يعتبر من وقت القضاء بالدية لان
الواجب الاصلي هو المثل والنقل الى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته من ذلك الوقت قال رحمه الله ﴿وان لم يكن ديوانيا فعلى
عاقلته﴾ لما روينا ولان نصرته بهم وهي المعتبرة في الباب قال رحمه الله ﴿وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يؤخذ من كل في كل
سنة الا درهم أو درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل الدية في ثلاث سنين على أربعة﴾ وذكر القدوري لا يزاد الواحد على
أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها والاول أصح فان محمدا نص على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين
على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم وثلث كما ذكرناها لان معنى التخفيف مراعى فيه قال رحمه الله
﴿فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليها أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات﴾ لتحقق معنى التخفيف واختلفوا في أبي
القاتل وأبنائه قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من أربعة وهذا
المعنى انما يستحق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وهذا في حق العرب لانهم حفظوا أنسابهم فأمكن ايجابها على
أقرب القبائل وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم ولا يتمكن ذلك في حقهم فاذا لم يمكن فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم يعتبر بالمحال
والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به وهذا كله عندنا وعند الامام الشافعي
يجب على كل واحد نصف دينار ويستوي بين الكل لانه كله صلة فيعتبر بالزكاة ولو كانت عاقلته أصحاب الرزق يقضى بالدية
في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث يؤخذ كلما خرج رزق ثلث الدية بمنزلة العطايا وان كان يخرج في كل سنة وأرزاق
في كل شهر فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لان الاخذ من الاعطية أيسر لهم والاخذ من الارزاق يؤدي الى الاضرار
بهم اذ الارزاق لكفاية الوقت ويتضررون بالاداء منه والاعطية ليكونوا مؤلفين في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم الاداء
منه قال رحمه الله ﴿والقاتل كأحدهم﴾ أي كواحد من العاقلة فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره به وقال الشافعي رضي الله عنه
لا يجب على القاتل شيء من الدية لانه معذور ولهذا لا يجب عليه الكل فكذا البعض اذ الجزء لا يخالف الكل قلنا ايجاب الكل
اجحاف به ولا كذلك ايجاب البعض ولانها تجب بالنصرة ولا ينصر نفسه مثل ما ينصر غيره بل أشد فكان أولى بالايجاب عليه

وإذا كان الجاني معذورا فالبريء منه أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى قال رحمه الله ﴿وعاقلة المعتق قبيلة مولاه﴾ إذ نصرته بهم وانتسابه إليهم ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم قال رحمه الله ﴿ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته﴾ ومولى الموالاة هو الحليف فيعقل عنه مولاه الذي عاقده وعاقلة مولاه وهو المراد بقوله وقبيلته أي قبيلة مولاه الذي عاقده لأنه المعروف به فأشبه مولى العتاقة قال رحمه الله ﴿ولا تعقل عاقلة جناية العبد﴾ ولا العمد وما لزم صلحا واعترافا لما روينا ولأنه لا يتناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته عنهم قال رحمه الله ﴿إلا أن يصدقوه في الإقرار﴾ لأن التصديق إقرار منهم فتلزمهم بإقرارهم بأن لهم ولاية على أنفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال أو تقوم البينة لأن الثابت بالبينة كالمشاهدة لأنها كاسمها مبينة وتقبل البينة مع الإقرار وإن كانت لا تعتبر معه لأنها تثبت ما ليس بثابت بإقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة ثم الثابت بالإقرار يجب مؤجلا والثابت بالصلح حالا إلا إذا شرط التأجيل في الصلح وقد عرف في موضعه ولو أقر بالقتل خطأ ولم يرفعوا إلى الحاكم إلا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين كان أول المدة من يوم قضي عليه لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة فكذا في الثابت بالإقرار أولى لأنه أضعف ولو تصادق القاتل وأولياء المقتول على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لأن تصادقهما لا يكون حجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما فلم يلزمه إلا حصته بخلاف الأول حيث تجب جميع الدية على المقر لأنه لم يوجد التصديق من الولي بالقضاء بالدية على العاقلة وقد وجد ههنا فافترقا قال رحمه الله ﴿وإن جنى حر على عبد خطأ فهي على عاقلته﴾ يعني إذا قتله لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد وقال الشافعي لا تتحمل النفس أيضا بل تجب في مال القاتل ولنا أنه آدمي فتتحمله العاقلة كالحر وهذا لأن ما يجب بقتله دية وهي بدل الآدمي لا المال على ما بيناه من قبل فكانت على العاقلة بخلاف ما دون النفس لأنه يسلك به مسلك الأموال والمراد بالحديث قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا إصابة أي لا تعقل العاقلة جناية عمد ولا جناية عبد ولا يكون تحويلا به لأن جنايته توجب دفعه إلا أن يفديه المولى قال أصحابنا ليس على المرأة والذرية ممن له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العواقل صبي ولا امرأة ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شيء عليهما من الدية وهذا صحيح فيما إذا قتله غيرهما وأما إذا باشرا القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون إذا قتل فالصحيح أن يكون كواحد من العاقلة والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والولاء وقرب السكنى والعد والحلف وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل إخوان ديوان أحدهما بالبصرة وديوان الثاني بالكوفة لا يعقل أحدهما عن صاحبه وإنما يعقل عنه أهل ديوانه ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في أهل الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه نسبا ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة لأن أهل الديوان هم الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم ولا يخصون بالنصرة أهل العطاء فقط بل ينصرون أهل المصر كلهم وقيل إذا لم يكونوا قريبا له لا يعقلونه وإنما يعقلون إذا كانوا قريبا له وأهل البادية أقرب منهم نسبا لأن الوجوب بحكم القرابة وأهل مصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على أهل النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة في الإنكاح ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات سيما في المعاني العاصمة عن الأضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم فإن لم تكن عاقلة معروفة فديته في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وإنما تتحول عنه إلى العاقلة إذا وجدت فإن لم توجد بقي عليه بمنزلة مسلمين تاجرين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه فيقضى بالدية في ماله لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه لأن تمكنه من القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل عاقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا إذا لم تكن المعاداة بينهم ظاهرة أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع

الناصر بينهم ولو كان العاقل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم اذا رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على
عاقلته من أهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من الكوفة وهم أهل الكوفة فصار كما لو حول بعد القضاء ولنا ان الدية انما
تجب بالقضاء على ما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال بخلاف ما اذا حول بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر
بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لان حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا نقلت
العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال الحكم الاول ولا يجوز ذلك وفي الضم تكثير
المتحملين فيما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء بها
فلم يقض عليهم حتى استوطن البصرة قضى على أهل البصرة بالدية ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم تنتقل اليهم وكذا البدوي
اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضي يقضي بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته فالدية لا تتحول عنهم بخلاف
ما اذا كان قوم من أهل البادية فقضي عليهم بالدية في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في
عطاياهم ولو كان قضي بها في أول مرة لانه ليس له نقض القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم وأعطاهم أموالهم غير ان الدية تقضى
من أيسر الاموال اداء والاداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليهم بان
كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى الدراهم لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن تقضى الابل من مال العطايا
بان يشترى به لانه أيسر قال علماؤنا رحمهم الله تعالى ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال اذا كان القاتل مسلما لان
جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من البعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة
يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رواية شاذة انها تجب الدية في ماله وابن الملاعنة تعقل عنه عاقلة أمه لان نسبه ثابت منها دون الاب
فاذا عقلت عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم قضي لهم بالرجوع عليهم لانه تبين
ان الدية كانت واجبة عليهم لانه بالدعوى ظهر ان النسب كان ثابتا منه من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب
فيرجعون بها عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذا اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل
عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة رجع عاقلة الام على عاقلة الاب لانه اذا أدى الكتابة تحول ولاؤه الى قوم أبيه من وقت ثبت
الحرية للاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذا رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله
فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين
من يوم يقضى بها على الآمر أو على عاقلته لان الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير عليهم وكذا الرجوع بها تحقيقا للمماثلة ثم مسائل
العاقلة من هذا الجنس كثيرة وأجوبتها مختلفة والضابط الذي يرد كل جنس الى أصله ان يقال ان حال القاتل ان تبدل حكما بسبب
حادث فانتقل ولاؤه الى ولاء لم تنتقل جنايته عن الاول قضى بها أو لم يقض وذلك كالولد المولود بين حرة وعبد اذا جنى ثم أعتق العبد
لا يجر ولاء الولد الى قومه ولا تتحول الجناية عن عاقلة الام قضى بها أو لم يقض وكذا لو حفر هذا الغلام بئرا ثم أعتق أبوه ثم وقع
فيها انسان يقضى بالدية على عاقلة الام لان العبرة بحالة الحفر ومن اطرد حر في أسلم ووالى رجلا خطئ ثم أعتق أبوه جر ولاءه لان ولاء
العتاقة أقوى وجنايته على عاقلة من والاه لان العبرة لوقت الجناية وتحول الولاء بسبب حادث فلا يعتبر في حق تلك الجناية ولا
يتبدل وان لم يتبدل حال القاتل ولكن ظهرت حالة خفيت فيه تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع وذلك مثل
دعوة ولد الملاعنة وولد المكاتب اذا مات المكاتب عن وفاء وأمر الرجل الصبي بالجناية ولو لم يتبدل حال الجاني ولم يظهر فيه الحالة
الحقيقية ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء لا غير فان قضى بها على الاول لم تنتقل الى الثاني والا قضى بها
على الثانية وذلك مثل أن تكون من ديوان أهل الكوفة ثم حول الى ديوان أهل البصرة فان لم يكن فيه شيء مما ذكرنا لكن لحق
العاقلة زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الفصل وتأمل فيه أمكنه تخريج
المسائل فرد كل واقعة من النظائر والاضداد الى أصلها قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك ان أهل الذمة
لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه ان ذلك مبني على الغالب اهـ أقول يأبى هذا الجواب قول المصنف هنا ولا عاقلة بعد قوله انهم
لا يتعاقلون فيما بينهم لان النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف فالاولى في الجواب ان يقال المراد هناك نفي الوقوع أي لم يقع

العاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضره اختلاف مللهم فيصير والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الوصايا ﴾

قال الشراح إيراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لأن آخر أحوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت أقول يرد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورود في آخر هذا الكتاب وإنما المورود في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم إن كثيرا من أصحاب المصنفات أوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الإضافي دون الآخر الحقيقي وإن كان كتاب الخنثى إلا أن كتاب الوصايا أيضا آخر بالإضافة إلى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي ومن عبارات القوم قولهم وقع هذا في أوائل كذا أو أواخره فإن صيغة الجمع لا تمشي في الأول الحقيقي والآخر الحقيقي وإنما تمشي في ذلك بتعميم الأول والآخر للحقيقي والإضافي والكلام في الوصية من وجوه الأول في تفسيرها لغة والثاني في تفسيرها شرعا والثالث في سبب المشروعية والرابع في ركنها والخامس في شرطها والسادس في صفتها والسابع في حكمها والثامن في دليل مشروعيتها أما الوصية في اللغة فهي اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون وفي الشريعة ﴿الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت﴾ بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع كذا في عامة الشروح أقول وهذا التعريف ليس بجامع لأنه لا يشمل حقوق الله تعالى والدين الذي في ذمته ولو قال وإلحاق ما في سلب براءة ذمته من حقوق الله تعالى والعبادات لم يصلها أو ليتك إلى آخره لكان أولى لا يقال إدخال أو في الحد لا يجوز لأن الحدود الحقيقية لا تعدد فيها لأنا نقول إذا أريد بعد التخمين في ضمن الأفراد جاز ذلك كما تقرر في فن المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الإيصاء في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته وفي الشريعة تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب وذكر في الإيضاح أن الوصية هي ما أوجبه الإنسان في ماله تطوعا بعد موته أو في مرض موته والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بأنها مستحبة غير واجبة وإن التمام بني على هذا فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسألة حقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصي مذكورة في كتب الوصايا بطريق التطفل لكن الحق أن هذه الألفاظ كما هي موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه أيضا لطلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته فعلى هذا على ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده لكن يشترط استعمال لفظ الإيصاء في المعنى الأول وبالتوصية في المعنى الثاني حينئذ يكون ذكر المسائل المذكورة على أنه من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل انتهى لفظه ثم إن سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو إرادة تحصيل الذكر الحسن في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى وأما شرائطها فكون الموصي أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وإن لم يكن مولودا حتى إذا أوصى للجنين إذا كان موجودا حيا عند الوصية تصح وإلا فلا وإنما يعرف حياته في ذلك الوقت بأن ولدته قبل ستة أشهر حيا وكونه أجنبيا حتى إن الوصية لوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة وأن لا يكون قاتلا وكون الموصى به شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال أو معدوما وأن يكون أيضا الموصى به بقدر الثلث حتى إنها لا تصح فيما زاد على الثلث كذا في النهاية وفي العناية أيضا نقلا عن الإيضاح وفي الأصل ومن شروطها كون الموصي أهلا للتبرع فلا تصح من صبي ولا عبد وأقول فيه قصور بالنسبة أما أولا فلأنه جعل من شرائطها أن لا يكون الموصي مديونا والقيد بأن يكون الدين مستغرقا لتركته والشرط عدمه أي الدين المقيد لا عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره وأما ثانيا فلأنه جعل من شرائطها كون الموصى له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا ألا ترى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حيا وذلك مما يدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين في الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلا وأما ثالثا فلأنه جعل من شرائطها أن يكون الموصى به مقدار الثلث لا زائدا عليه وهو ليس بشرط على إطلاقه فإن الموصي إذا ترك ورثة ثم لا تصح وصيته بما زاد على الثلث إن لم تجز الورثة وإن أجازوا صحت وصيته به وأما إذا لم يترك وارثا تصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر في موضعه فلا بد من التقييد بأحد من قال

يكون له وارث وأحرى بأن لا يجيزه الوارث والله أعلم وأما ركنها فقوله أوصيت بكذا وأما صفتها فقد ذكرها المؤلف وأما حكمها فالموصى له يملك المال بالقبض وأما سبب مشروعيتها فقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين قال رحمه الله ﴿وهي مستحبة﴾ يعني الوصية مستحبة أقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ما سيأتي من التفصيل في الكتاب من أن الوصية بالثلث للأجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة إن كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم وإن كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى وأنها لا تجوز للوارث والقاتل فكان الظاهر أن يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة اللهم إلا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا أنها مستحبة على الإطلاق فكأنه قال إنها لا تصل إلى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التي فرط فيها والظاهر أنها واجبة كما صرح به الإمام الزيلعي في التبيين قال في العناية أخذا من النهاية فقوله غير واجبة رد لقول من يقول إن الوصية للوالدين والأقربين إذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له مروءة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة قال الشارح هذا إذا لم يكن عليه حق مستحق لله وإن كان عليه حق مستحق لله كالزكاة والصوم أو الحج أو الصلاة التي فرط فيها فهي واجبة والقياس يأبى جوازها لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال الملك ولو أضافه إلى حال قيامه بأن قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى إلا أن الشارع أجازه لحاجة الناس إليها لأن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافي ما فاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقي في قدر التجهيز والدين وقد نطق بها الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين والسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام إن الله قد تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم وعليه إجماع الأمة ثم تصح الوصية للأجنبي بالثلث من غير إجازة الوارث ولا تجوز بما زاد على الثلث لما روي عن سعد بن أبي وقاص أنه قال جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي قال لا قال قلت فالشطر يا رسول الله قال لا قال قلت فالثلث قال فالثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تذرهم عالة يتكففون الناس ولأن حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق لهم من التأذي بالإيثار وقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث وقوله مستحبة إلخ الأفضل لمن كان قليل المال أن لا يوصي بشيء والأفضل لمن كان له مال كثير أن يوصي بما لا معصية فيه وقدر الأغنياء عند الإمام أن يترك لكل واحد من الورثة أربعة آلاف دون الوصية وعن الإمام الفضل عشرة آلاف وفي الموصي الذي أراد أن يوصي ينبغي أن يبدأ بالواجبات فإن لم يكن عليه شيء من الواجبات بدأ بالقرابة فإن كانوا أغنياء فالجيران وفي الفتاوى عامل السلطان أوصى بأن يعطى للفقراء كذا كذا من ماله قال أبو القاسم إن علم بأنه مال غيره لا يحل أخذه وإن علم أنه مخلط بمال غيره جاز أخذه وإن لم يعلم لا يجوز حتى يتبين أنه ماله قال الفقيه أبو الليث الجواز قول أبي حنيفة لأنه ملكه بالخلط وعلى قولهما لا يجوز وفي الخانية إذا أوصى أن ينفق على فرس فلان جاز وهي وصية لصاحب الفرس قال رحمه الله ﴿ولا تصح بما زاد على الثلث﴾ وهذه العبارة أولى من عبارة الهداية حيث قال ولا يجوز لأنه يلزم من عدم الصحة عدم الجواز ولا يلزم من عدم الجواز عدم الصحة والمراد بعدم الصحة عدم النفاذ حتى لا ينفذ بل يتوقف على الإجازة كما سيأتي إن شاء الله تعالى قال بعض المتأخرين يعني لا يجوز بما زاد على الثلث حتى لا يجوز في حق الفاضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لأنه لا تجوز هذه الوصية أصلا فإن قلت كيف جاز استعمال اللفظ في بعض مدلوله دون بعض وبأي وجه أمكن ذلك قلت بجعله في حكم وصايا متعددة بأن يجعل قوله أوصيت لفلان بثلثي مالي في قوة قوله أوصيت له بثلثه دون الزائد والوصية تارة تكون منجزة وتارة معلقة بشرط فيجب أن يعلم بأن تعليق الوصية بالشرط جائز وفي نوادر بشر عن أبي يوسف في الإملاء إذا أوصى بثلثه لرجل

على أن يحج عنه فهذا جائز إن قبل ذلك الموصى له ابن سماعة عن أبي يوسف إذا قال في وصيته ينفق على فلان كذا والموصى له غائب
أو مات الموصي وهو غائب فهو بمنزلة رد الوصية ولا شيء له وكذلك إن قدم فلم يقبل وإن قدم وقبل فله ما مضى قال أبو يوسف رجل
أوصى بثلث ماله لرجل وقال إن أبى فهو لفلان فمات الموصى له الأول أو لم يأب فالثلث للأول ولو أبى كان للآخر ولو قال ثلثي وصية
لفلان فإن لم يشأ ذلك فلفلان فهو مثل الأول ولو قال ثلثي وصية لفلان إن شاء وإن أبى فهو لفلان فمات الموصى له قبل أن يتكلم
بشيء فالثلث مردود على الورثة ابن سماعة عن محمد رجل أوصى لرجل بوصية وقال إن لم يقبل فلان ما أوصيت له به أو قال إن رد فلان
ما أوصيت به فهو لفلان فإذا الموصى له الأول حيا أو كان حيا فمات قبل الموصي ولم يعلم بالوصية قال هي للثاني كلها إن أسلمت جاريتي
هذه فأعتقوها فأبت وهي عاقلة أن تسلم ثم أسلمت بعد مضي البيع صح ولا ترد قال أبو حنيفة إذا قال أوصيت أن يخدم عبدي فلانا سنة
ثم هو لفلان فقال فلان لا أقبل الوصية قال يخدم الورثة سنة ثم الموصى له ولا تبطل وصيته للثاني بإباء الأول الخدمة قال أعطوه فلانا بعد
السنة فإن مات فلان يخدم تمام السنة للورثة ثم يدفع إلى الموصى له بعد تمام السنة وقال أبو حنيفة هذه وصية فيهما جميعا وليست المسألة
الأولى كهذه إبراهيم بن رستم عن محمد قال أوصى إلي في موضع كذا وعلى فلان لأم ولده فيصير ميراثا منها ابن سماعة عن
أبي يوسف أوصى أن ينفق على أم ولده ما قامت على ولدها وقال إن تزوجت فلا شيء لها فتزوجت وطلقها زوجها ورجعت إلى ولدها
لم يرد عليها ما كان أوصى به لها وقد بطل ذلك وكذلك إن خرجت من بلادها إلى بلد أخرى ولو خرجت من دارها أو جاءه مما شئ
يعرف أنها قد تركتهم ولم تقم عليهم فلا هذه الدار لك على أن تحج في سبيل الله أو قال هذه الدابة لك على أن تغزو عليها في سبيل الله
قال هي له وله أن يصنع بها ما شاء عن أبي يوسف رجل أوصى بثلث ماله لرجل وشرط عليه أن يقضي دينه معناه شرط الموصي على
الموصى له أن يقضي دين الموصي فهذا على وجوه إن كان الدين مجهولا أو كان معلوما إلا أن الثلث مجهول فالوصية باطلة وإن كان
الدين معلوما والثلث معلوما فإن لم يكن في الثلث ذهب ولا فضة فهو جائز ويجعل له الثلث بالدين إذا قبل كما يجب في البيع وإن كان
في الثلث دراهم إن كان أكثر من الدين فإن هذا لا يجوز من قبل أن هذا بيع دراهم بدراهم وفضل عروض سوى ذلك وإن
كانت الدراهم التي في الثلث أقل من الدين جاز فإن قبض الثلث ساعة يموت أو قبض الدراهم التي في الثلث ساعة يموت وقضى الدين
ساعته انتقض ذلك في الدراهم ما يخصه وجاز في العروض أوصى بألف درهم على أن يقضي عنه فلانا حجته لا يجوز ولو قال على
أن يقضي فلانا مهرها حجته جاز المعلى في نوادر هشام عن أبي يوسف إذا قال إذا مت وهذان العبدان في ملكي فهما وصية لفلان
فباع أحد العبدين ثم مات الموصي والثاني في ملكه فالوصية باطلة ولو قال إن مت وفلان وفلان حيان فهذا العبد وصية لهما فمات
أحدهما قبل موت الموصي فإن الثاني منهما يعطى نصف العبد قيل وإذا أوصى رجل لأمته أن تعتق على أن لا تتزوج ثم مات الموصي
فقالت الأمة لا أتزوج فإنها تعتق ويجب أن يعلم أن الموصي متى علق عتق مملوكه بشيء بعد موته فإنه لا يخلو من وجهين إن علقه على
فعل غير مؤقت بأن قال هي حرة إن ثبتت على الإسلام بعد موتي أو أوصى أن يعتقوها بعد موته على أن لا تتزوج أو قال هي حرة بعد
موتي إن لم تتزوج أو علق عتقه على فعل مؤقت بأن قال إن مكثت مع ولدي شهرا فهي حرة أو قال أعتقوه إن لم يتزوج شهرا فإن علق
عتقه بالثبات على فعل غير مؤقت حال حياته بأن قال لمملوكه حال حياته إن ثبت مع ولدي أو في هذه الدار شهرا فأنت حرة فثبتت
ساعة عتقت وكذا إذا علق عتقه بالثبات على فعل غير مؤقت بأن أوصى بأن يعتقوها على أن لا تتزوج أو قال إن لم تتزوج إذا قالت
بعد موت المولى لا أتزوج فإنها تعتق إذا كانت تخرج من ثلث ماله هكذا وقع في بعض النسخ وفي بعض النسخ إذا لم تتزوج يوما
أو أقل أو أكثر فإن الوصية لها صحيحة فإن تزوجت بعد ذلك صح نكاحها ولا يبطل عتقها ووصيتها ولا يلزمها السعاية في شيء للورثة
وهذا قول علمائنا الثلاثة قال أوصى لأم ولده بألف درهم على أن لا تتزوج أو قال إن لم تتزوج إن قالت لا أتزوج بعد موت الموصي
فإنه يعطى لها وصيتها فإن تزوجت بعد ذلك لا يسترد الألف منها ولو قال ما لم تتزوج شهرا فهو على ما قال لا تستحق وصيتها ما لم تترك
التزوج شهرا وإذا تزوجت قبل مضي الشهر تبطل وصيتها أوصى لها بألف درهم على أن تثبت مع ولدها فمكثت مع ولدها ساعة
استحقت الوصية قال وإذا أوصى لرجل بخادمه على أن يقيم مع ابنته ومع ابنه حتى يستغنيا ثم هي حرة فهذا على وجهين فإما كانا
كبيرين أو كانا صغيرين فإن كانا كبيرين فإنها تخدم الابنة حتى تتزوج وتخدم الابن حتى يتأهل أو يجد ما يشتري به خادما يخدمه
فيستغني عن خدمتها وإن كانا صغيرين تخدمهما حتى يدركا وإن مات أحدهما أو ماتا جميعا قبل أن يستغنيا فإن الجارية لا تعتق

وبطل الوصية قال إذا أوصى لها بالعتق على أن تتزوج ولا بعينه فقالت أفعل تعتق من ثلثه وبعد هذا إذا أبت أن تتزوج بنفسها
من فلان وفلان أجنبي لا شيء عليها قال ولو أوصى بعتق عبده على أن لا يفارق ورثته أبداً وعليه دين يحيط به بطلت وصيته ويبيع
في الدين ولم يتعرض المؤلف لبيان ما يدخل في الوصية بطريق التبع وما لا يدخل قال محمد الولد والكسب إذا ولدا قبل موت الموصي
فإنهما لا يدخلان تحت الوصية سواء كانا يخرجان من الثلث أو لا يخرجان فأما إذا حدث الولد والكسب بعد موت الموصي إن حدثا
بعد القسمة والتسليم لا يدخلان تحت الوصية ولا يسلمان للموصى له بحكم الوصية حتى لا يعتبر فيهما الثلث والثلثان فأما إذا حدث الولد
والكسب قبل قبول الموصى له قبل القسمة والتسليم هل يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث أو لا يصير موصى به حتى
لا يكون للموصى له من غير اعتبار الثلث لم يذكر محمد هذا في شيء من الكتب نصاً وقد اختلف فيه المشايخ المتأخرون ذكر القدوري
أنه لا يصير موصى به حتى لا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو حدث بعد القسمة والتسليم ومشايخنا
قالوا إنه يصير موصى به حتى لا يعتبر خروجه من الثلث كما لو وجد قبل القبول وفي نوادر إبراهيم عن محمد فيمن أوصى لرجل بحائط
فهو بأرضه كالوصية ولو أوصى بنخله فهو على النخلة دون الأرض قال إنما تسمى نخلة وهي مقطوعة وهذا في عرفهم وفي عرفنا
تسمى نخلة وهي قائمة أيضاً فعليه يدخل أرضها وفي نوادر المعلى عن أبي يوسف أوصى لرجل بنخل كثيراً أو نخلة واحدة أو وهب أو تصدق
أو باع فله ما على ظهر الأرض ولو أوصى له بكرم أو بستان أو أجمة فله ذلك بأصله ولا يشبه هذا النخلة ٧ وذكر المعلى عن أبي يوسف
إذا أوصى بنخلة لإنسان ولآخر بثمرها فالوصية جائزة والنخل للموصى له بالنخل بأصله وأرضه وفي نوادر ابن سماعة عن محمد إذا أوصى
بزق زيت فهو على الزق دون الزيت ولو قال بزق الزيت فهو على الزق وحده ولو بسفينة الطعام فهو على السفينة وكذلك على هذه
الوجوه في راوية الماء وقوصرة التمر ولو أوصى لأحد بميزان فهو على العمود والكفتين والخيوط ولا يدخل فيه السنجات والغلاف
وهذا إذا كان بغير عينه وأما إذا كان بعينه دخل فيه وقال أبو يوسف إذا أوصى لرجل بالميزان فله الكفتان والعمود ولا يكون له
السنجات وأما القبان فهو له برمانته وكفته وذكر الحسن بن زياد في كتاب الاختلاف عن أبي يوسف إذا أوصى لرجل بسيف فله
النصل دون الجفن وهو قول أبي حنيفة وعنه أن له السيف مع جفنه ورواية ابن سماعة موافقة لرواية الأصل ولو أوصى بمصحف
وله إذا أوصى بغلاف فله المصحف دون الغلاف في قول أبي حنيفة وفي البقالي له بقبة تركية فهو له بالآلة ولو أوصى بمحمله فله الكسوة
دون العيدان وفيه أيضاً عن أبي يوسف أوصى لرجل بسرج فكل شيء علق به وخرز فيه فهو له ولا يكون له غيره وذكر الحسن
في كتاب الاختلاف عن أبي يوسف في الوصية بالسرج أن له الدفتين والركابين ٧ والمرة لا يكون له اللبد والرفادة والصفة وذكر
إبراهيم عن محمد في رجل مات فأعتق عبده قال له كسوته ومنطقته وإن قال متاعه يدخل فيه سيفه ومنطقته قال محمد هي وصية
عبد الله بن المبارك لغلامه وفي نوادر بشر عن أبي يوسف أوصى لرجل بشاة من غنمه ولم يقل من غنمي هذه فأعطى الورثة
الموصى له شاة قد ولدت بعد موت الموصي قال لا يتبعها ولدها ولو قال أوصيت لفلان بشاة من غنمي هذه فأعطوه شاة قد ولدت
بعد موت الموصي ولدا قال يتبعها ولدها ولو استهلك الوارث الولد قبل أن يعطي الشاة فالضمان عليه وكذلك لو أوصى له بنخلة
بأصلها ولم يقل من نخلي هذا فهي مثل الشاة التي أوصى بها ويعطونه أي نخلة شاؤا دون ثمرتها التي أثمرت في حياة الموصي أو بعد
وفاته وإن كانوا استهلكوا ذلك فلا ضمان عليهم ومما يتصل بهذا الفصل ما إذا أوصى أن تعتق جاريته هذه بعد موته ومات
فقبل أن تعتق ولدت ولدا فهي مع ولدها يخرجان من الثلث عتقت الجارية ولم يعتق الولد وكذا لو أوصى بأن تكاتب
هذه الجارية بعد موته أو أوصى أن تباع هي من نفسها أو تعتق على مال فولدت ولدا بعد موت الموصي لا تتعدى الوصية في الولد
ولو أوصى أن يتصدق بجاريته هذه على المساكين أو على فلان أو توهب من فلان فولدت ولدا بعد موته فتتعدى الوصية في الولد
كما تتعدى في الجارية ولو أوصى بأن تباع جاريته هذه من فلان بألف درهم فولدت ولدا بعد موت الموصي بيعت هي ولا يباع ولدها
ولو أوصى بأن تباع جاريته هذه ويتصدق بثمنها على المساكين أو على فلان فولدت الجارية بعد موته ولدا فإنه تتعدى الوصية في
الولد ولو أوصى بأن تباع جاريته هذه من فلان بألف درهم فجنى عليها عبد وقتلها فدفع بها أو قطع يدها فدفع بيدها أو وطئها واطئ
بشبهة حتى غرم العقر فإنه لا يباع العبد المدفوع ولا الأرش ولا العقر فعند ذلك ينظر إن كانت قد قتلت بطلت الوصية لفقدان
محلها وإن كانت قد قطعت يدها بيعت من الموصى له بنصف الثمن إن شاء ولو وطئت وهي ثيب لم ينقصها الوطء لا يحط شيء

من الثمن وكذلك اذا تلفت عينها أو يدها ثم ما ثمة ما بيعت بجميع الثمن المشترى الا اذا صارت اليه أصل فصار له حصته من الثمن ولو أوصى بأن تباع جاريته هذه من فلان بألف درهم ويتصدق بثمنها على المساكين فأبى فلان البيع بطلت الوصيتان جميعا وكذلك لو قتلت الجارية بعد موت الموصى وغرم القاتل قيمتها بطلت الوصيتان وكذلك اذا أوصى أن تكاتب جاريته ويتصدق ببدل الكتابة أو تباع من نسمة ويتصدق بثمنها على المساكين فولدت بعد موته ولدا بيعت هي وحدها ولم يبع معها ولدها وأما بيان الالفاظ التي تكون وصية والتي لا تكون وصية روى ابن سماعة في نوادره عن محمد اذا قال الرجل اشهدوا انى أوصيت لفلان بألف درهم وأوصيت أن لفلان في مالي ألف درهم فالالف الاولى وصية والاخرى اقرار والفرق ان أوصيت لما دخلت على أن المصدرية تستعمل بمعنى ذكرت ولهذا كان اقرارا بخلاف الاولى فانها على بابها وفي الاصل اذا قال في وصيته سدس دارى لفلان وانى أجيز ذلك يكون وصية ولو قال سدس في دارى لفلان وانى أجيز ذلك تكون وصية ولو قال لفلان سدس في دارى فانه يكون اقرارا وعلى هذا اذا قال الرجل لفلان درهم من مالى يكون وصية استحسانا وان كان في ذكر وصيته اذا قال في مالى كان اقرارا واذا قال عبدى هذا لفلان ودارى هذه لفلان ولم يقل وصية ولا كان في ذكر وصيته ولا بعد موتى كانت هبة قياسا واستحسانا وان قبضها في حال حياته صح وان لم يقبضها حتى مات فهو باطل وان ذكرها في خلال الوصية ذكر الشيخ الامام الزاهد أحمد الطواويسى في شرح وصايا الاصل القياس أن يكون هذا وصية وفي الاستحسان لا يكون وصية واذا قال أوصيت أن يوهب لفلان سدس دارى بعد موتى كان ذلك وصية عملا بقوله بعد موتى فالهبة بعد الموت هي الوصية فتصح مع الشيوع ولا يشترط قبضه في حياة الموصى ولو قال ثلث مالى لفلان أو قال سدس مالى لفلان ثم مات قبل أن يقبض فالقياس أن يكون هذا باطلا وفي الاستحسان يكون وصية جائزة وبأو بما اذا قال ذلك في خلال الوصايا يكون وصية ظاهرة فصار كأنه قال ثلث مالى وصية لفلان ولو قال بحكمه فانه جائز وان كان قبل القبض وكذلك اذا قال بعد موتى لانه لما قال بعد موتى فانه نص على الوصية بخلاف ما اذا قال في صحته ثلث مالى لفلان لانه لم يصرح بالوصية ولا ذكرها في خلال الوصايا ولا اضافة الى ما بعد الموت ولا يحمل وصية بل يحمل هبة حتى لو ذكرها في خلال الوصايا أو اضافة الى ما بعد الموت وكان ذلك في حال الصحة يكون وصية والحاصل لا فرق بين حالة الصحة وحالة المرض وروى محمد عن أبى يوسف وعن أبى حنيفة في رجل قال في مرضه أو في صحته ان حدث لى حادث فلفلان كذا فهذا وصية وكذلك لو قال لفلان ألف درهم من ثلثى فهذا وصية وان لم يذكر فيه الموت ولو قال لفلان ألف درهم من ثلث مالى أو قال من نصف مالى أو قال من ربع مالى فهو باطل وفي الخانية قال ذلك في صحته أو مرضه الا أن يكون عند ذكر الوصية وفي فتاوى أبى الليث مريض قال أخرجوا ألف درهم من مالى أو قال أخرجوا ألف درهم ولم يزد على هذا ثم مات فان قال ذلك في ذكر الوصية جاز وفي الخانية ويصرف الى الفقراء رجل حضرته الوفاة فقال له رجل ألا توصى فقال قد أوصيت بثلث مالى ولم يزد عليه حتى مات يدفع كل السدس للفقراء وفي الخانية مريض قالوا له ألا توصى فقال قد أوصيت بأن يخرج من ثلث مالى ألف فيتصدق بألف على المساكين ولم يزد على ذلك حتى مات فاذا ثلث ماله ألفان قال الشيخ الامام أبو القاسم يتصدق بالالف ولو قال المريض أوصيت أن يخرج ثلث مالى ولم يزد عليه قال يتصدق بجميع الثلث على الفقراء وفي المنتقى اذا قال ان مت من مرضى هذا فامتى هذه حرة وما كان في بدنها وعليها صدقة قال أرى ذلك جائزا على وجه الصدقة وما كان في بدنها يوم مات وعليه البينة ان هذا كان في بدنها يوم مات ولو قال ان مت من مرضى هذا فعلمائى أحرار ويعطى فلان من مالى كذا وكذا ويحج عنى ثم برأ من مرضه ثم مرض ثانيا وقال لشهود الذين أشهدهم على الوصية الاولى أولهم اشهدوا أنى على الوصية الاولى قال محمد أما في القياس هذا باطل لانه قد بطلت وصيته الاولى حين صح من مرضه ذلك لكنا نستحسن فنجيز ذلك منه ويتحاصون في الثلث وعلى هذا القياس والاستحسان اذا قال أوصيت لعبدى بمائة درهم وللمساكين بمائة درهم ثم قال ان مت من مرضى هذا فعلمائى أحرار ثم برأ ثم مرض ثانيا ولو قال ان لم أبرأ من مرضى وزاد في فتاوى الفضلى أو قال بالفارسية اگر ازين بيماري بر نخيزم تمارى من ابدا ايرين بيمارى ... من شيئا ثم برأ تبطل وصيته وفي الظهيرية ومجموع النوازل رجل قال لآخر في وصيته بالفارسية بيمارى دارد في ريدان مراضين من فقد صار وصيا في تركته وكذا لو قال ... درهم ... ولو قال المريض ثمر كان من وره من نخول يهدان مات أو قال ... من أصابع بمات قال يصير وصية امرأة أوصت بأشياء وقال في ذلك حر لسان من أما وكان

بما هذا إن قلت من قال يصح هذه الوصية وماذا يعطى قلت هذه وصية لمن ليس هو من جهة أربابها ولم يدر في هذا ذلك لما يخطئه
بذلك يعطى ما طلبه أو ما ذكرنا وقد نقل الإمام الذي كرهه أن أصابه مرض أوصى بوصايا ثم برأ من مرضه ذلك وعاش سنين ثم مرض
فوصاياه باقية ما لم يقل إن مت من مرضي هذا أو قال إن لم أبرأ من مرضي هذا فعبدي وصيت بكذا أو قال بالفارسية لبرأت از ين
بيماري بمردم چنين وچنان كردند وإن قال إن برأت ثم لم يبق أحدا منهم بطلت قال أبو القاسم وروي عن بعض
عن أصحابنا أنهم لا يرون رجلا له دين على رجل فقال المديون إذا مت فأنت بريء من ذلك الدين قال أبو القاسم يجوز ويكون
وصية من الطالب للمطلوب وفي النوازل سئل عن رجل كان له على رجل دين فقال له الطالب إذا مت فأنت بريء من ذلك الدين
قال يجوز ويكون وصية من الطالب للمطلوب إذا مات وإذا قال إن مت فأنت بريء من ذلك الدين قال لا يبرأ وهو مخاطرة وهو بمنزلة
قوله إن دخلت الدار فأنت بريء مما عليك وفي المنتقى إذا قال الرجل ضعوا ثلثي حيث أمر الله تعالى يرد إلى الورثة وفي الخلاصة ولو قال
ثلث مالي حيث يرى الناس أو حيث يرى المسلمون فهذا في عرفنا يصير وصية وفي العيون إذا قال انظروا إلى كل ما يجوز لي أن أوصي
به فأعطوه فهذا على الثلث ولو قال انظر وإنما يجوز لي أن أوصي به فأعطوه فلا شيء إلى الورثة لأنه يجوز أن يوصي بدرهم وأكثر
وقوله ما يجوز لي كذا وكذا يكون شاملا لهما ومراده إذا كانت الورثة كبارا كلهم أما إذا كان فيهم صغير أوصى في معناه يحتمل في حق
كان الموصي أوصى بدرهم لأنه المتيقن وسئل أبو نصر عمن قال ادفعوا هذه الدراهم أو هذه الثياب إلى فلان ولم يقل هي له
قال إن هذا باطل لأن هذا ليس بوصية وسئل أبو نصر الدبوسي عمن قال في وصيته ثلث مالي وقف ولم يزد على هذا قال إن كان ماله
نقدا فهي دراهم أو دنانير وما أشبه ذلك فهذا القول منه باطل وصار كقوله هذه الدراهم وقف وإن كان ماله ضياعا ونحوه صار وقفا
على الفقراء وفي الظهيرية وقد قيل الفتوى على أنه لا يجوز ما لم يبين جهة الوقف ولو أوصى رجل أن ما وجد مكتوبا من وصيته بالذي
ولم يكن بعد بها فعلا أو بذلك على نفسه إقرارا في مرضه فأقر بهذه الوصية أن يصدقه الورثة تصدقهم وإن كذبوه كان من
الثلث بخلاف الدين وفي الخانية بخلاف الدين الذي لا طالب له إلا الله تعالى وكان حكمه حكم الزكاة والكفارات وسئل محمد بن مقاتل
عمن أوصى بثلث ماله للناس ألف درهم قال الوصية باطلة ولو قال تصدقوا بألف درهم فهو جائز ويعطى للفقراء وفي الخلاصة لو قال
له بثلث مالي لا يعني وقال محمد الوصية جائزة وتصرف إلى وجوه البر وفي الخانية وفي مسألة الثلث إن أراد به الثلث يعني وإن أراد
به أنه لله لا لزمه فيح الوصية تارة تكون بالألفاظ وتارة تكون بالإشارة المفهمة قال في فتاوى أبي الليث مريض أوصى وهو لا يقدر
على الكلام لضعفه فأشار برأسه يعلم منه أنه يعقل قال ابن مقاتل يجوز وصيته عندي ولا يجوز عند أصحابنا وكان الفقيه أبو الليث
يقول إذا فهم منه الإشارة يجوز وفي فتاوى أبي الليث إذا كتب وصيته ثم قال اشهدوا بما في هذا الكتاب تعدو وصية هكذا ذكر
في كتاب الشهادات قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل هو باطل لأن هذا يكون للأغنياء والفقراء جميعا ولو قال ثلث
ورثي إن مرة وإن كنت كذا فالوصية جائزة لأن هذا اللفظ يراد به القربة وقال الإمام علي بن الحسين السغدي قوله وإن كنت
ليس من لساننا ولا نعرف هذا وإذا قرئ عليه صك الوصية على رجل فقيل له أهو كذا فأشار برأسه نعم يجوز ذلك على ما تقدم قال
رحمه الله (والجحود لا يكون رجوعا) يعني لو جحد الوصية فإنه لا يكون رجوعا وليس هذا كجحود الموكل الوكالة وجحود أحد
الشريكين وجحود المودع الوديعة والمستأجر فعلى رواية الجامع لا يكون فسخا وعلى رواية المبسوط يكون فسخا وجه رواية
الجامع أن الجحود كذب حقيقة فإنه قال لم أوص فيحمل الفسخ مجازا لأنهما يتقاربان في المعنى الخاص لأن الفسخ رفع العقد من
الأصل والجحود الكذب لا يكون رجوعا وإن أراد الفسخ يحمل فسخا لا كذبا صونا لكلام العاقل عن الكذب والفساد وحملا
لأمره على الصحة والسداد لقوله عليه الصلاة والسلام لا تظن بكلمة خرجت من أخيك شرا وأنت تجد لها في الخير محملا فلا يجعل
جحود الموصي فسخا لأنه يعني بجحوده الفسخ وسيأتي تمامه إن شاء الله تعالى قال أبو يوسف لو أوصى لرجلين ثم رجع عن إحدى
الوصيتين ولم يبين أيهما كان حتى مات فللوارث أن يعطي أيهما شاء ويمنع الأخرى فإن كان الوارث صغيرا أعطاه الوصي وإن لم يكن
له وصي فالحاكم ولو أوصى بأرض ثم حفرها نهرا فهو رجوع وإن زرع فيها البستان فهو رجوع وإن زرعها حنطة فليس برجوع لأن حفر
الكرم وغرس الأشجار للاستدامة والاستمرار ولم يتعرض المؤلف للرجوع عن بعض الوصية ونحن نذكر ذلك تتميما للفائدة
قال في المبسوط ولو قال أوصيت بهذه الألف لفلان فقد أوصيت لفلان بها فإنه فليس هذا برجوع فإنه بينهما نصفان نصفها له

للاول لان عطف الوصية الثانية على الاولى في المائة والعطف يقتضي الاشتراك مع المعطوف عليه فيما عطف واتباعه في المائة فوجب الاشتراك بينهما في المائة ولو قال قد أوصيت لفلان وفلان بالمائة لاحدهما والمائة لهذا لا انقسمه انه للاول منهما وكذا هذا في الاقرار وقد مرت في الاقرار ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال قد أوصيت لفلان بما سمي من ثلثه فان أحب الثاني كان الثلث بينهما نصفين وان أحب أحدهما الآخر صار له بالثلث الآخر لانه فوض الى الاول ارادة الوصية للثاني فاذا أراده الاول وأحبه يكون للثاني اذا أراد فما يكون الثلث بينهما كما لو أوصى بالثلث لهذا وبالثلث لهذا فيكون الثلث بينهما نصفين لما يأتي وكذا هذا ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول ويكون وصية للوارث وحكمه انه يجوز ان أجازه الورثة ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم تكن فبقي الاول على حاله ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو للوارث لبطلان الوصية الاولى بالرجوع والثانية بالموت وقد تقدم بعض هذه المسائل فراجعه

﴿باب الوصية بثلث المال﴾

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر باب المسائل التي تتعلق بها في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية قال رحمه الله ﴿وأوصى لهذا بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه لهما﴾ أي اذا لم تجز الورثة الوصيتين كان الثلث بينهما لان ثلث المال يضيق عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاول ولو أوصى لرجل بسيف قيمته مائة درهم ولآخر بسدس ماله وليس له سوى السيف خمسمائة درهم نقدا وعروضا فما فضل على سدس السيف فهو لصاحبه والسدس بينه وبين صاحب السدس نصفان ولصاحب السدس سدس الخمسمائة عند أبي حنيفة وعندهما السيف بينهما على سبعة لصاحب السدس سهم أما تخريج أبي حنيفة فلان القسمة في السيف عنده على سبيل المنازعة لانه عين شائع ولا يكون ملحقا بالميراث فنقول اجتمع في السيف وصيتان وصية بالثلث ووصية بالسدس فيجعل السيف على ستة أسهم ولا منازعة لصاحب السدس فيما زاد فيه وذلك خمسة أسهم فيسلم للموصى له بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفين فان كسر فاضعف فاضعف حتى يزول الكسر فأما التخريج لهما فلان القسمة عندهما على سبيل العول والمضاربة فيضرب الموصى له بالكل بستة ويضرب الموصى له بالسدس بسهم فصار السيف على سبعة ولو أوصى بثلث ماله لآخر مع هذا ولم تجز الورثة فصاحب السدس في الثلث سدس خمسمائة وثلث سدس السيف وصاحب السيف بخمسة أسداس السيف الا سدس سبعة عند أبي حنيفة لانه اجتمع في السيف ثلاث وصايا وصية بالكل ووصية بالثلث ووصية بالسدس فيجعل السيف على ستة ولا منازعة لاحد فيما زاد على الثلث وذلك أربعة فيسلم لصاحب السيف بقي سهمان لا منازعة لصاحب السدس فيما زاد على سهم واحد فيدعيه صاحب السيف وصاحب الثلث فيكون بينهما نصفين فانكسر الحساب بالنصف فضعف حتى يزول الكسر فصار السيف على اثني عشر لصاحب السيف أربعة ونصف ضعفه فصار تسعة ولصاحب الثلث نصف سهم ضعفه بقي سهمان استوت منازعة الكل فيهما فيكون بينهم أثلاثا فانكسر بالاثلاث فضرب اثني عشر في ثلاثة فيصير ستة وثلاثين لصاحب السيف سبعة صارت مضروبة في ثلاثة فصار له ثلاثة والمنكسر سهمان ضربتهما في ثلاثة فصارت ستة يستقيم بينهم لكل واحد سهمان ثم اجعل كل مائة من الخمسمائة على ستة وثلاثين لان القيمة في السيف مائة وقد صار على ستة وثلاثين فضرب خمسة في ستة وثلاثين فصار مائة وثمانين فان أجازت الورثة فلصاحب الثلث ثلثه وذلك ستون ولصاحب السدس سدسه وذلك ثلاثون ولصاحب السيف سبعه وذلك ستة وثلاثون فصار سهام الوصايا مائة وستة عشر وان لم تجز الورثة يجعل الثلث على قدر سهام الوصايا وذلك مائة وستة عشر وجميع المال ثلثمائة وثمانية وسبعون والسبعة سدسه يكون ثلاثة وستين فيدفع اليهم من الثلث مثل ما كان يدفع عند الاجازة من جميع المال فيدفع الى صاحب السيف ستة وثلاثين والى صاحب الثلث ستين والى صاحب السدس ثلاثين فصل سهام الوصايا مائة وستة مثل ثلث المال وأما

عندهما يقسم على سهام العول والمضاربة فيضرب صاحب السيف بالسيف كله وذلك ستة وصاحب الثلث بالثلث وذلك سهمان
وصاحب السدس بسدس من السيف وذلك سهم فصار السيف على تسعة وللمضاربة السيف وقيمته مائة على تسعة أسهم صار كل
مائة من الخمسمائة على سبعة ويصير خمسة وأربعين وان أجازت الورثة فلصاحب الثلث ثلثه وذلك خمسة عشر ولصاحب السدس
سدسه وذلك سبعة ونصف فان كسر السيف فاضعفه فصار سبعين واضعف السيف وذلك تسعة فيصير ثمانية عشر فتضم ذلك
سهمين فصار جميع المال مائة وثمانية لصاحب الثلث خمسة عشر أضعفناه فصار له ثلاثون ولصاحب السدس سبع ونصف
أضعفناه فصار خمسة عشر ولصاحب السيف تسعة أضعفناه صار ثمانية عشر لو زادت سهام الوصايا على الثلث فهي لهم ان أجازه
الورثة فان لم يجيزوا يقسم الثلث بينهم على قدر أنصبائهم لا على قدر سهام الوصايا فيضرب كل واحد في الثلث بجميع حقه
والوصايا سدس وثلث وسدس أيضا لان السيف سدس جميع المال لان قيمته مائة وجميع المال ستمائة فيصير ثلث المال أربعة
أسداس وثلث وذلك سهمان فيصير جميع المال اثني عشر سهما لصاحب الثلث سهمان سدس في السيف وخمسة أسداسها
في باقي المال فانكسر بالاسداس فاضرب أصل الفريضة وذلك اثناعشر في ستة فيصير اثنين وسبعين كان لصاحب السيف
سهم في ستة فصار ستة كله في السيف وكان لصاحب الثلث سهمان ضربناهما في ستة صار اثني عشر سدسه في السيف وذلك
سهمان والباقي في المال وكان لصاحب السدس سهم ضربته في ستة وهي له سهم في السيف وخمسة أسهم في باقي المال فبلغت
سهام الوصايا أربعة وعشرين وذلك ثلث جميع المال قال رحمه الله ﴿وان أوصى لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما أثلاثا﴾
معناه مع الوصية الاولى وهي الوصية بثلث ماله لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعي فضاق الثلث عن حقهما اذ لا مزيد
للوصية على الثلث فيقسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل السدس بينهما لانه الاول فصار ثلاثة أسهم لصاحب السدس سهم
واحد ولصاحب الثلث سهمان قال رحمه الله ﴿وان أوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه بينهما
نصفان﴾ وهذا عند أبي حنيفة قال رحمه الله ﴿ولا يضرب الموصى له بأكثر من الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم
المرسلة﴾ عنده وعندهما الثلث بينهما أرباعا منهم سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع وقد بيناه فيضرب الموصى له
بما زاد على الثلث لان الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت
كما في السعاية وأختيها ولابي حنيفة أن الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير مشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا يتصور
نفاذها بحال فيبطل أصلا ولا يعتبر الباطل والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحاباة الثابتة في ضمن
البيع فتبطل ببطلان البيع بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة وأختيها لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال
سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا ولاحتمال أن يصل كل واحد منهم الى جميع حقه
بان يظهر له مال فيخرج الكل من الثلث وقال في الهداية وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث
فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انها لو هلكت التركة
واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت الدراهم تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق
الورثة وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث وقول المؤلف الا في المحاباة أي في ثلاث
مسائل أحدها المحاباة والثانية السعاية والثالثة الدراهم المرسلة أي المطلقة وعندهما الثلث بينهما أرباعا سهم لصاحب الثلث وثلاثة
أسهم لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الوصية أخت الميراث والوارث يضرب بكل حقه في التركة فكذا هذا
وبه قالت الثلاثة وله أن الموصى له يضرب بما يستحقه وهو لا يستحق ما وراء الثلث الا باجازة الورثة ولم يوجد بخلاف الدراهم المرسلة
وأختيها لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاضل ويضرب كل واحد منهم بجميع حقه
لكونه مشروعا وصورة المحاباة أن يكون عبدان قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة فأوصى بان يباع واحد منهما بمائة درهم
لفلان وللآخر بمائة لفلان آخر فقد حصلت المحاباة لاحدهما بألف درهم والآخر بخمسمائة فان خرج ذلك من ثلث المال أو أجازت
الورثة جاز ذلك وان لم يكن له مال غيرهما أو لم تجز الورثة جازت محاباتهما بقدر الثلث ويكون الثلث بينهما أثلاثا يضرب الموصى له
بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة ولو كان هذا كسائر الوصايا وجب أن لا يضرب

الموصى له بالعتق على قياس قوله بما كثر من خمسمائة وستة وستين وثلثي درهم لأن عنده الموصى له بما كثر من الثلث لا يضرب
إلا بالثلث وهذا ثلث ماله صورة المحاباة أن يوصي بعتق هذين العبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما
فإن أجازت الورثة يعتقان معا وإن لم تجز الورثة يعتقان من ثلث المال وثلث ماله ألف فالثلث الذي قيمته ألف يعتق منه هذا القدر
مما يعطون ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون والثلث الذي قيمته ألفان في ألف وخمسمائة ثلاثة أرباع قيمته لأنه حينئذ لا يضرب الذي قيمته
ألفان إلا بالألف فوجب أن يكون بينهما نصفان صورة الدراهم المرسلة أن يوصي لأحدهما بألف وللآخر بالعين وثلث ماله ألف
ولم تجز الورثة يكون الثلث بينهما أثلاثا يضرب كل واحد منهما بقدر حصته فالموصى له بالألف ثلثه ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث
درهم وللموصى له بالعين ستمائة وستة وستون وثلثا درهم وكان قياس أصل أبي حنيفة أن يكون الألف بينهما نصفين
كذا في العيني قال في المبسوط فصل في البيع في الثلث وهو على نوعين نوع لا محاباة فيه والثاني نوع فيه محاباة وإذا ترك عبدا لا غير
وقيمته ألف وقد أوصى أن يباع من فلان بألف ثم أوصى به فهو على ثلاثة أوجه أما إن أوصى بالعين أو بالمال أو بالثلث فإن أوصى به
بعينه بعد ذلك أوقفا لآخر ولم تجز الورثة أو أجازت ولم يجز صاحبه فالموصى له بالرقبة سدس العبد ويباع ما بقي من الآخر خمسة
أسداس الألف فيكون للورثة قيل هذا قولهما وعند أبي حنيفة نصف سدس العبد للموصى له بالرقبة ويباع خمسة أسداسه ونصف
سدسه من الآخر بقيمته فيكون للورثة وتخريجهما أن حقهما في الثلث قد استويا في حق الوصايا عندهما لأنه أوصى لكل واحد
منهما بكل العبد لأحدهما بالبيع وللآخر بالرقبة فيجعل الثلث بينهما نصفين وإذا صار الثلث على سهمين صار الكل على ستة أسهم
يسلم للموصى له بالرقبة نصف الثلث وذلك سدس الكل ويباع الباقي من الموصى له بالبيع ويكون الثمن كله للورثة لا حق لصاحب
الرقبة فيه لأن الوصية بالرقبة وصية بالعين ألا ترى أنه لو هلكت العين بعد موت الموصي بطلت الوصية والتخريج لأبي حنيفة أن
للموصى له بالرقبة جزءا من اثني عشر جزءا من الرقبة لأن وصية صاحب الرقبة فيما زاد على الثلث بطل ضربا واستحقاقا ويضرب
بقدر الثلث والموصى له بالبيع يضرب بجميع الرقبة وذلك ثلاثة لأن شيئا من وصيته لا يبطل بعدم إجازة الورثة فصار
الثلث على أربعة والعبد كله على اثني عشر فما يسلم لصاحب الرقبة سهم من ثلاثة وذلك جزء من اثني عشر جزءا ويباع الباقي
بأحد عشر جزءا من الألف وقيل المذكور في الكتاب قول الكل وإن أجازوا ورضي بذلك صاحب البيع يضرب كل واحد بكمال
وصيته فيقسم العبد بينهما نصفه لصاحب الرقبة ونصفه يباع من الآخر فيكون ثمنه بين الورثة لأن حقيهما قد استويا بعد إجازة الورثة
فتساويا ضربا واستحقاقا وقيل عند أبي حنيفة على أربعة أوجه والوجه الثاني لو أوصى أن يباع العبد من رجل بألف وأوصى
بجميع ماله لآخر فهذا كالمسألة الأولى في قول أبي حنيفة إلا أن صاحب الجميع يأخذ سدس الألف من الورثة من جملة الثمن
مع أخذه من سدس الرقبة وفي المسألة الأولى ليس له من الثمن شيء لأنه أوصى له بالمال هنا والثمن لمالك الرقبة فيجوز تنفيذ
غيره في الثمن وهناك أوصى له بالعين وهي الرقبة والثمن غيره فلم يمكن تكميل وصيته من الثمن وإن أجاز وابيع نصف العبد
ثم أخذ صاحب الجميع ثمنه ولا شيء للورثة وقيل عند أبي حنيفة إن لم يجيزوا فمن اثني عشر كما في المسألة الأولى فهو ما مر على
أصلهما وعلى قول أبي يوسف ينبغي أن يباع العبد كله من الموصى له بالبيع بألف ثم يعطى الموصى له بالمال ثلث الثمن لأن هذا
أمكن تنفيذ الوصيتين لاختلاف محل حقهما لأن حق أحدهما في الرقبة وحق الآخر في مطلق المال والثمن مال كالرقبة فتنفذ
كلاهما لهما لما أن الموصي جاء أولا تنفيذ الوصية ومحل ذلك ماله والرقبة ماله فتنفذ فيها ولا يجوز التأخير إلى الثاني بتوهم
الإبطال بهلاك الموصى به والوجه الثالث لو أوصى أن يباع من فلان بألف وأوصى بثلث ماله لآخر فقول محمد كقول أبي حنيفة
في هذا يأخذ صاحب الثلث جزءا من اثني عشر جزءا من الرقبة ويباع الباقي من الموصى له بالبيع بأحد عشر جزءا من الألف
إلا أن صاحب الثلث يأخذ من الثمن تمام الثلث ثم يوصى له بثلث ماله والثمن ماله وعند أبي يوسف يباع الكل من الموصى له بالبيع
ويعطى من ثلث الثمن إلى صاحبه ولو أوصى بالعبد إلى رجل وقيمته ألف وأوصى أن يباع من آخر بمائة درهم فعند أبي حنيفة
نصف السدس من العبد للموصى له به ويباع الباقي من صاحب البيع من ثلثي قيمة العبد فيسلم للورثة لأن عنده يصير الثلث على
أربعة أسهم لصاحب الرقبة ربع السدس وهو جزء من اثني عشر جزءا ويباع الباقي من صاحب البيع بثلثي قيمة العبد مثلث قيمته
وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان فيسلم ذلك للورثة لأنهما وصيتان وصية بالبيع ووصية بالمحاباة في الثمن لأن الوصية بالمحاباة إنما تنفذ

من الثلث ويعطى الى ما بقي من الثلث بعد ما أخذ صاحب الرقبة وذلك ثلاثة أجزاء فيسلم ذلك القدر له وما بقي وهو ثلث المال
حق الورثة وعنده الوصية بالمحاباة مقدمة على سائر الوصايا ولكن محاباة منفذة ثبتت في ضمن عقد لازم لا يملك الموصي الرجوع عنها
وهذه وصية بمحاباة غير منفذة وعند محمد لصاحب الرقبة سدس العبد ويباع الباقي بثلثي الالف لان حقهما في الثلث على السواء
فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه فيكون الثلث بينهما نصفين نصفه لصاحب الرقبة ونصفه يباع من صاحب البيع بثلثي القيمة
فان كان أوصى بجميع ماله لرجل وان يباع من آخر بمائة ولم تجز الورثة فقياس قول أبي حنيفة ان يكون للموصى له بجميع المال ثلث
العبد ويباع ما بقي وهو أحد عشر جزأ من اثني عشر جزأ بثماني سهم وثلث ربع ثماني سهم وربع من أربعمائة أو تسعة عشر سهما
من قيمة العبد فيأخذ الموصى له بالمال خمسة أسهم وربع سهم من الثمن تمام وصيته ومائتان وثمانية وسبعون للورثة وعند محمد
سدس العبد للموصى له بالمال ويباع خمسة أسداسه من الآخر بسبعة وعشرين من اثنين وأربعين من قيمة العبد سهم للموصى له
بالمال تمام وصيته وثمانية وعشرون للورثة وهذه المسئلة ملقبة بالعروس لحسن تخريجها ووضوح طريقها أما تخريجها لمحمد
ان حق الموصى في الثلث على السواء فيسلم للموصى له بالمال نصف الثلث وهو سدس العبد ويباع خمسة أسداسه من الآخر بسبعة
وعشرين من اثنين وأربعين من قيمة العبد لانهما وصيتان وصية بجميع المال ووصية بالمحاباة لصاحب البيع بسبعمائة
الا انه قد بطل من وصيته سدسه وذلك مائة وخمسون من تسعمائة لان سدس الرقبة صار مستحقا للموصى له بالمال بوصيته فبطلت
فيه الوصية بالبيع والوصية بالمحاباة في ضمن الوصية بالبيع فتبطل ببطلانها ألا ترى أن الموصى له بالبيع لو قال لا أريد الشراء وأريد
المحاباة لا يكون له ذلك فبقيت الوصية في سبعمائة وخمسين وهو يضرب بالثلث بهذا القدر والآخر يضرب بجميع المال وذلك
القدر لانه وان أخذ سدس المال بقي ولكن يضرب بجميع المال ليبقى مقدار حقه فيحسب عليه ما أخذ من الرقبة وهو
السدس ويعطى له ما بقي فصار حقه في أربعة أسهم وحق الموصى له بالبيع في ثلاثة أسهم كل سهم مائتان وخمسون فيكون
جملته سبعة فصار الثلث على سبعة صار الكل احدى وعشرين حق صاحب المال أربعة وقد سلم له ثلاثة ونصف وهو سدس
العبد فبقي له نصف سهم الى تمام حقه وحق الورثة في أربعة عشر فظهر أن خمسة أسداس العبد تباع من صاحب البيع بأربعة
عشر سهما ونصف سهم تمام حقه فصار بعد ما وصية المحاباة في ثلاثة فتكون الجملة على سبعة والباقي للورثة وهو أربعة عشر فاستقام الثلث
والثلثان ومحمد أخرجه على ضعف ذلك تحريرا وأما تخريج أبي يوسف انه يباع جميع العبد من الموصى له بالبيع بثمانية وأربعين
سهما من سبعة وخمسين سهما من قيمة العبد لانه اجتمع هنا وصيتان وصية بالالف ووصية بالمحاباة بسبعمائة فاجعل كل مائة
سهما فيصير حق أحدهما عشرة وحق الآخر تسعة فتكون جملته تسعة عشر سهما وهذه سهام الثلث فتكون الجملة سبعة وخمسين
لصاحب المحاباة تسعة أسهم فيباع العبد بما بقي وذلك ثمانية وأربعون فيعطى لصاحب المال عشرة وللورثة ثمانية وثلاثين
واستقام الثلث والثلثان وأما تخريج أبي حنيفة وهو ان هنا وصيتين وصية بالالف ووصية بالمحاباة تسعمائة الا ان وصية الالف
بما زاد على الثلث بطل ضربا واستحقاقا عنده عند عدم اجازة الورثة فبقي حقه في ثلث الالف ويبطل من وصية المحاباة سهم وذلك
خمسة وسبعون لانه بطل الوصية بالبيع في نصف سدس الرقبة لاستحقاق الموصى بالمال فبقي حقه في ثمانمائة وخمسة وعشرين
خمسة وعشرون ربع مائة وقد انكسر ذلك بالارباع وحق صاحب المال في ثلث الالف وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث
فقد انكسر بالاثلاث فاضرب ثلاثة في أربعة فيكون اثني عشر ثم اجعل كل مائة على اثني عشر كل سهم ثمانية دراهم وثلث درهم
فصار حق صاحب المال أربعين سهما وحق صاحب البيع تسعة وتسعين سهما فيكون الثلث مائة وتسعة وثلاثين سهما فيكون
كل المال أربعمائة وسبعة عشر سهما حق صاحب المال أربعون سهما وصل اليه من ذلك أربعة وثلاثون وثلاثة أرباع سهم
لانه وصل اليه من العبد نصف سدسه وذلك جزء من اثني عشر جزأ فصار العبد على أربعمائة وأربعة عشر سهما جزء من اثني عشر
جزأ منه يكون أربعة وثلاثين وثلاثة أرباع سهم بقي الى تمام حقه خمسة أسهم وربع سهم وحق الورثة مائتان وثمانية وسبعون واذا
أوصى أن يباع من الرجل بألف وهي قيمته ولآخر بثلث ماله قال أبو يوسف لا شيء لصاحب الثلث من الرقبة ويباع العبد فيكون له
ثلث ثمنه وقد ذكرنا هذا فيما أوصى لرجل بجميع ماله وقولهما في هذا معروف قال رحمه الله ﴿ وبنصيب ابنه بطل وبمثل نصيب ابنه
صح ﴾ أي الوصية بنصيب ابنه باطلة والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة وقال زفر كلاهما صحيحة لان الجميع ماله في الحال وذكر نصيب

الابن المقدر به ولا يجوز أنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه فقوله أوصيت بنصيب ابني أي بمثل نصيبه ومثله شائع لغة قال الله تعالى واسأل القرية أي أهلها وإنما إن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه لأن مثل الشيء غيره وإنما يجوز حذف المضاف إذا كان هناك ما يدل عليه كما في الآية لأن السؤال يدل على المسؤول وهو الأهل ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز وفي الأصل الوصية بنصيب الابن أو بمثل نصيب الابن إن لم تجز الورثة لم يجز أو يجز بعضهم وقال محمد رجل هلك وترك أماً وأباً وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت فالوصية من سبعة عشر سهماً للموصى له خمسة أسهم وللأم سهمان وللأب عشرة أسهم قال ولو ترك أباً فأوصى بنصيب ابن آخر لو كان وأجازت الورثة الوصية فالفريضة من خمسة عشر للموصى سبعة أسهم وللابن سبعة وكذلك إذا أوصى بمثل نصيب ابنه لو كان الجواب كما قلنا وفي شرح الطحاوي قال ومن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وهذا لا يخلو إما إن كان أوصى له بمثل نصيب ابنه أو بنصيب ابنه كان له ابن أو لم يكن ابن أو ابنة ولو كان وليس له ابن ولا ابنة فإنه تجوز الوصية فإن كان أكثر من الثلث فيحتاج إلى إجازة الورثة فإن كان ثلثاً أو أقل جازت من غير إجازة وأما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد صار موصياً له بنصف المال ولو كان له ابنان تكون بينهما نصفين كذلك هنا يكون المال بينهما نصفين نصف للابن ونصف للموصى له إن أجاز الابن وإن لم يجز الابن فللموصى له الثلث وإن كان له ابنان فإنه يكون للموصى له ثلث المال ولا يحتاج إلى الإجازة ولو أوصى بمثل نصيب ابنته وله ابنة واحدة فإنه يكون للموصى له نصف المال إن أجازت الابنة وإن لم تجز فله الثلث ولو كانت له ابنتان والمسألة بحالها فيكون للموصى له ثلث المال ولو أوصى بنصيب ابن لو كان فالجواب فيه كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه قال وإذا هلك الرجل وترك أخاً وأختاً وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان فأجاز فللموصى له جميع المال ولا شيء للأخ والأخت ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان للموصى له نصف المال إن أجازوا وإن لم يجيزوا فللموصى له ثلث المال إن أجاز أو لم يجز روى بشر عن أبي يوسف وفي الأمالي هلك وترك ابنين وأوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بمثل نصيب أحد الابنين ولم تجز الورثة قال الثلث بين الموصى لهما يضرب فيها صاحب النصف بنصف المال والآخر بثلث المال فإن أجاز الابنان وصيتهما يأخذ صاحب النصف تمام النصف أربعة ونصفاً من تسعة وصاحب مثل النصيب بأحد سهمين من تسعة ويبقى للابنين سهمان ونصف ولو كان أوصى لرجل بنصف أحد الابنين وأوصى لآخر بمثل نصف الآخر وأجاز الابنان كان لهما نصف المال وللابنين النصف ولو لم يجيزا فالثلث بينهما نصفين وإن أجاز أحدهما دون الآخر فللذي أجاز الربع اعتباراً لوجود الإجازة وللذي لم يجز الثلث قال وإذا هلك الرجل وترك أباً وابناً وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه أو بنصيب ابن لو كان وأجاز فللموصى له خمسة من أحد عشر وللأب سهم وللابن خمسة وإن لم يجز فللموصى له الثلث أولاً والباقي بين الأب والابن أسداساً وإن أجاز أحدهما دون الآخر ذكر في الكتاب أنه ينظر إلى حال الإجازة وحال عدم الإجازة ففريضة عند الإجازة من أحد عشر للموصى له خمسة وعند عدم الإجازة الفريضة من تسعة للموصى له ثلثه فيضرب أحد الفريضتين في الأخرى فيصير تسعة وتسعين فعند عدم الإجازة للموصى له الثلث ثلاثة وثلاثون وللأب سدس ما بقي أحد عشر وللابن خمسة من أحد عشر وللابن خمسة أسداس ما بقي خمسة وخمسون وعند الإجازة للموصى له خمسة من أحد عشر مضروباً في تسعة فيكون خمسة وأربعين وللأب سهم مضروب في تسعة فيكون تسعة فتفاوت ما بين الحالتين في حق الموصى له اثنا عشر سهماً من ذلك من نصيب الأب وذلك من تسعة إلى أحد عشر وعشرة من نصيب الابن وذلك من خمسة وأربعين إلى خمسة وخمسين فإذا أجاز ٧ ولو قال أوصيت بثلث مالي للمسجد جاز عند محمد وقال أبو يوسف لا يجوز إلا أن يقول ينفق على المسجد وفي الخانية ولو أوصى بثلث ماله لمسجد بعين المسجد أو لم يعين فهي باطلة في قول أبي يوسف جائزة في قول محمد ولو أوصى بأن ينفق ثلثه على المسجد جاز في قولهم وفي النوازل إذا أوصى لأرباب المسجد المعين وعمارته في ثمن آجر وجص وغيره فيما احتيج إليه مما كان فيه مصلحة جاز ولو كان لهذا المسجد نهر يجري ماؤه بالمسجد فسد النهر ولم يصل إلى المحلة جاز أن يشتروا منها في ذلك عند تبين الضرر وفي العيون عن محمد إذا قال ثلث مالي للكعبة جاز ويعطى مساكين مكة ولو قال لثغور فلان فالقياس أن يبطل وفي الاستحسان يجوز الظهيرية ولو قال لبيت المقدس جاز وينفق عليه وفي سراجه قيل هذا في عرفهم ولو أوصى بثلث ماله يسرج به في المسجد يجوز ولو أوصى بثلث ماله للسراج لا يجوز وهو نظير ما لو أوصى بدرهم لشاة فلان أو برذون فلان فإنه لا يجوز ولو أوصى بثلث ماله ليعلف به دواب فلان لا يجوز ونظيره لو أوصى بثلث ماله في أكفان فقراء المسلمين يجوز ولو أوصى بثلث ماله لموتى الفقراء لا يجوز ولو أوصى بمثل نصيب أحدهما وثلث أو ربع ما بقي ودرهم للآخر

وصورة المسئلة رجل مات وترك ثلاث بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم ودرهم وبثلث وربع ما بقي من الثلث فيجعل ثلث المال سهاما ولو أحاط بالنصيب سهما وبالدراهم سهما لانه متى كان في الوصية درهم يجعل لكل سهم درهم حتى يصير الحساب كله خمسا واحدا فاذا ذهب اثنان من أربعة عشر يبقى اثنا عشر فاعط بالثلث سهمين وبربعه سبعة يبقى خمسة فاعط بالدرهم الاخير سهما يبقى أربعة وهذه فاضلة عن سهام الوصايا ترد الى الورثة فرده الى ثلث المال فيصير أربعة وثلاثين وحاجتنا الى ستة لانا لو أعطينا بالنصيب سهمين فيجب ان يكون نصيب الابن ستة واخطأ الثاني وقع بزيادة مائة وعشرين والاول بزيادة تسعة وعشرين فاضرب المال الاول في الثاني وهو ثمانية وعشرون فصار بعماله وخمسة وثلاثين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى ثلاثة وأربعون فهذا هو المال واذا أردت معرفة النصيب فاضرب النصيب الاول وهو سهم في المال الثاني وهو ثمانية وعشرون فيصير ثمانية وخمسين ثم اطرح الاكثر من الاقل يبقى ثلاثون فظهر عندنا النصيب ثلاثون وثلث المال ثلاثة وأربعون فيعطى بالنصيب من الثلث ثلاثين يبقى ثلاثة عشر فيعطى بالدراهم سهم يبقى اثنا عشر سهما ويعطى ثلث ما بقي وربعه سبعة يبقى خمسة فيعطى من الدرهم الآخر سهم يبقى أربعة فرده الى أربعة الى باقي المال وبيان تعليله في المحيط وأما لو أوصى بمثل نصيب الابن الاثلث ما بقي من الثلث صورتها ترك ثلاث بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم الاثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة تسعة وثلاثون والثلث ثلاثة عشر والنصيب لهذا الابن شبهة وبيان تخريجه في المحيط وأما لو قال في المسئلة المتقدمة الاثلث ما بقي من الثلث بعد الوصية فأصل الفريضة ما ذكرنا في الفصل الاول وأما لو قال في صورة المسئلة الاثلث ما بقي مطلقا قال عامة مشايخنا عن أبي يوسف والحسن بن زياد تخريجها كتخريجها في الفصل الاول قال محمد تخرج على الفصل الثاني وما عمل بنصيب الابن الامثل نصيب الآخر فلو مات عن ابن واحد وأوصى لرجل بمثل نصيبه الا مثل نصيب آخر لو كان له الثلث أجاز الابن أو لم يجز وان ترك ابنين وأوصى بمثل نصيبه الا مثل نصيب آخر لو كان له الثلث أجاز الابن أو لم يجز وان ترك ابنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم لرجل الا مثل نصيب الواحد لو كان أو أوصى لآخر بثلث ما يبقى من الثلث فالقسمة خمسة عشر سهما سهمان لصاحب النصيب وسهم لصاحب ثلث ما يبقى ولكل ابن ست وتخريجه في المحيط قال رحمه الله ﴿فان كان له ابنان فله الثلث والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة﴾ لانه أوصى له بمثل نصيب ابنه لكل واحد منهما النصف وجه الاول انه قصد ان يجعله مثل ابنه الا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه وذلك بان يجعل الموصى له كأحدهم قال رحمه الله ﴿وبسهم أو جزء من ماله فالبيان الى الورثة﴾ أي اذا أوصى بسهم أو جزء من ماله كان بيان ذلك الى الورثة فيقال لهم أعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان اليهم بيانه سوى هذا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروي عن أبي حنيفة ان السهم عبارة عن السدس نقل ذلك عن ابن مسعود عن اياس بن معاذ وقال في الجامع الصغير له أخس سهام الورثة الا أن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس وقال في الاصل له أخس سهام الورثة الا أن يكون أكثر من السدس فلا يزاد عليه فجعل السهم يمنع النقصان وذكر في الهداية انه يمنع الزيادة ثم قال في تعليله انه يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة لان السهم يراد به نصيب أحد الورثة عرفا لاسيما في الوصية فينصرف اليه وهذا في عرفهم وأما في عرفنا فهو والذي ذكرناه أولا قوله ويجري قال صاحب التسهيل أقول دلت هذه المسئلة على ان أحدا لو أقر بمجهول كقوله لفلان علي دين ولم يبين قدره ثم مات مجهلا تجبر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البينة على اقراره بمجهول بمعنى ان تقبل وتجبر ورثته على البيان اه ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ما ذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه لملك المقر له فاذا فات الجبر في حياته بوفاته سقط سيما اذا كان تقصير من المقر له فلم تجب على ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء للحق ثابت قال رحمه الله ﴿وان قال سدس مالي لفلان ثم قال ثلث مالي له له ثلث ماله﴾ لان الثلث متضمن للسدس فيدخل فيه فلا يتناول أكثر من الثلث قال رحمه الله ﴿وان قال سدس مالي لفلان ثم قال سدس مالي له له السدس﴾ يعني سدسا واحدا سواء قال ذلك في مجلس واحد أو في مجلسين لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرف اذا أعيد معرفا كان الثاني عين الاول وهكذا قال ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب عسر يسرين وفي الهداية ولو قال

ثلث

ثلث مالي لفلان وسدس مالي له وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه لان الكلام الثاني يحتمل انه أراد به زيادة الثلث على الاول حتى يتم له السدس ويحتمل انه أراد به ايجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا في الثلث حملا لكلامه على المتيقن هكذا ذكروه في الشروح قال بعض المتأخرين انه ذكر الدليل على هذا السؤال هكذا وأورد هذا كأن جعل الكلام على أحد محتمليه ولك أن تقول لما كان الكلام محتملا للامرين وكان القدر الثابت بيقين على الاحتمالين الثلث فلا مايثبت به من الوصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأوسطهما الى هنا كلامه قال رحمه الله ﴿وان أوصى بثلث دراهمه أو غنمه وهلك ثلثاه فله ما بقي﴾ أي اذا أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه وهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي من الدراهم والغنم وقال زفر له ثلث ما بقي من ذلك النوع لان كل واحد منهما شركة بينهما والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة ويبقى الباقي كذلك فصار كما اذا أوصى به أجناسا مختلفة ولنا ان حق بعضهم يمكن جمعه في البعض الباقي فصار كما اذا أوصى بدرهم أو بعشرة دراهم أو بعشرة رؤس من الغنم فهلك ذلك الجنس كله الا القدر المسمى فانه يأخذه اذا كان يخرج من ثلث بقية ماله بخلاف الاجناس المختلفة فانه لا يمكن الجمع فيها جبرا وكذا نقول في المال المشترك انما يهلك الهالك منه على الشركة ان لو استوى الحقان أما اذا كان أحدهما مقدما على الآخر فالهالك يصرف الى المؤخر كما اذا كان في التركة دين ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة فان الهالك يصرف الى المؤخر وهو الوصية والارث لان الدين مقدم عليهما وهنا الوصية مقدمة على الارث لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين فيصرف الهالك الى الارث تقديما للوصية على وجه لا ينتقص حق الورثة على الثلثين من جميع التركة لانه لا يسلم للموصى له شيء حتى يسلم للورثة ضعف ذلك وكذا اذا هلك البعض في المضاربة يصرف الهالك الى الربح لان رأس المال مقدم على ما عرف في موضعه والاصل في هذا الباب أن يحتاج الى معرفة الوصية المقيدة والمطلقة والعين والدين كما ذكره المؤلف وأنواع الوصية بها وأحكامها قال أبو يوسف العين الدراهم والدنانير دون التبر والحلي والعروض والثياب والدين كل شيء يكون واجبا في الذمة من ذهب أو فضة أو غيره وهو ذلك لان العين عند الاطلاق ينصرف الى الذهب والفضة المضروبين وأما غيرهما فيسمى في اللغة تبرا ونقارة وحليا وصياغة وأما أنواع الوصية فهي الوصية نوعان مرسلة ومقيدة فالمرسلة أن يوصي بجزء شائع من ماله نحو ان يوصي بثلث ماله أو ربعه والمقيدة أن يوصي بثلث مال بعينه بأن يوصي بثلث دراهمه أو دنانيره أو بثلث غنمه والوصية المقيدة حكمها أن يكون حقه مقدما على حق الورثة وعلى حق الوصية المرسلة ولو هلك شيء منها قبل القسمة يصرف الهالك الى الورثة لا الى الموصى له حيث كانت الوصايا تخرج من ثلث مال الميت بأن كان له مال آخر يعطى للموصى له كل الموصى به لانه قيدها بنوع من المال فتتقيد بذلك النوع ولهذا لا يزداد حقه بزيادة مال الميت وكذا لا ينتقص بنقصانه لان حقه لم يثبت شائعا في جميع التركة فكان حقه مقدما على حق الورثة لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين فصار الهالك مصروفا الى المؤخر حقه لا الى المقدم لانه مال لم يتصل عن الوصية لا يصير حقا للورثة وانما حكم الوصية المرسلة فهو أن صاحبها يعد له واحدا من الورثة لان حقه ثبت شائعا في جميع التركة حتى يزداد حقه بزيادة المال وينقص بنقصانه كحق الورثة وصارت التركة كالمشتركة بينه وبين الورثة فما توى من شيء من التركة يتوى على الشركة وما بقي يبقى على الشركة فكان وارثا حكما ومعنى وموصى له اسما والعبرة للحكم والمعنى ولهذا لو اجتمع في التركة وصية مقيدة ووصية مرسلة تقدم الوصية المقيدة ثم تقاسم الوصية المرسلة مع الورثة على قدر حقوقهم وأما ما يتعلق بمسائل الهلاك والاستحقاق ولو أوصى لرجل بثلث ماله فهلك ثلثاه أو استحق فهو على الخلاف لان الوصية متعلقة مرسلة لانه أضاف الوصية الى جميع ماله على العموم والشيوع فيكون له ثلث كل شيء من ماله فكان شريكا في التركة بمنزلة أحد الورثة فما هلك هلك على الشركة ولو أوصى بثلث الدراهم وثلث الدنانير ثم هلك عشرون دينارا بعد موت الموصى أو قبل موته كان له ثلث ما بقي بسهمه من الدراهم وبعضه من الدنانير لان هذه وصية مقيدة لانه أوصى له بثلث دراهمه ودنانيره فقد قيدها بوصية بنوع مال مخصوص ولم يضفها الى مال مرسل فكانت وصية مقيدة فتتعلق بذلك المال بعينه ولو كان أوصى بسدس الدراهم وسدس الدنانير أخذ السدس كله من الباقي لان الهالك مصروف الى حق الورثة فيبقى حق الموصى له في سدس جميع المال وذلك خمسة دنانير كأن قبل الهلاك فكان له خمسة دنانير من العشرة الباقية اذا أصابه لانه خمسون درهما من الدنانير وكذلك الابل والبقر على هذا واذا مات عن ألف وعبد

فيقسم الثلث أوصى أن يعتق عبده ولرجل بثلث ماله ولآخر بسدس ماله فالثلث يقسم على أحد عشر للعبد ستة ولصاحب الثلث أربعة
وللآخر واحد في قول أبي حنيفة يقسم على طريق العول والمضاربة لا على طريق المنازعة بالإجماع لأن المنازعة لا تتحقق هنا لأنه
لا يتميز [illegible] لأن حق الموصى له ما ثبت في الرقبة لأن الموصى له بثلث مال بمنزلة أحد الورثة وحق
الورثة [illegible] إذا كان الموصى بعتقه لا يملكون العبد الموصى بعتقه وإن كان لا يخرج من الثلث لأنه [illegible]
[illegible] وكذلك الموصى له بالثلث من سائر الأموال لم يثبت حقه في رقبة العبد ولا منازع في العبد فيقسم على سبيل العول
[illegible] لا على سبيل المنازعة والوجه [illegible] إلى فريضة لها نصف وثلث وسدس لأن العبد موصى له بنصف ماله لأن ماله
[illegible] ولآخر ثلث ماله ولآخر سدس ماله وأقل حساب يخرج منه هذه السهام اثنا عشر فنصفه ستة وثلثه أربعة
وسدسه سهمان فيكون كله أحد عشر فإذا صار الثلث على أحد عشر صار الجميع ثلاثة وثلاثين والعبد من ثلث المال ستة والعبد من
جميع المال ستة ونصف ستة عشر ونصف فهو [illegible] أجزاء وستين في عشرة ونصف سهم للموصى له بالسدس جزء واحد من أحد
عشر من الألف [illegible] عشرون [illegible] للورثة وهذا سهام الثلث والثلثان ولو استحق نصف العبد وضاع نصف الألف
[illegible] على [illegible] وسهمان لصاحب الثلث وسهم لصاحب السدس لأنه لما استحق نصف العبد انتقضت نصف وصية العبد
[illegible] أسهم ولما ضاع نصف الألف انتقض نصف وصية الموصى له بالثلث وهو سهمان لأنهما ضاعت عليه وعلى الورثة
لأنه بمنزلة أحد الورثة [illegible] صاحب السدس [illegible] على حاله في سهم واحد لأن وصيته [illegible] الهلاك مصروفا إلى الورثة
لأن وصيته تخرج من ثلث ماله [illegible] كان سدس الألف [illegible] ضاع [illegible] سدس ما بقي لأن سدس الكل ثلث النصف
وإذا صار ثلث المال [illegible] صار الجميع [illegible] عشر وأصله سبعة ويعتق من العبد ثلاثة أجزاء من تسعة ويسعى في ستة فيضم ذلك إلى
النصف الآخر فصار كله خمسة عشر للموصى له بالسدس سهم من سبعة من الخمسمائة الباقية يبقى أربعة عشر فيبقى المال على أربعة
عشر سهما لصاحب الثلث واثنا عشر للورثة ويخرجه [illegible] على سبعة لأن بين نصيب صاحب الثلث وبين الورثة موافقة بالنصف فإن
نصيب صاحب الثلث سهمان ونصيب الورثة اثنا عشر وبين العبد والدين موافقة بالنصف فيختصر نصيب كل واحد على نصفه فصار
[illegible] قال رحمه الله ﴿أو ربعا أو ثيابا أو دورا فله ثلث ما بقي﴾ أي إذا أوصى بثلث رقيقه أو ثيابه أو ثلث دوره فهلك ثلثا ذلك
وبقي الثلث وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله كان له ثلث الباقي كما قال زفر لأن الجنس مختلف فلا يمكن جمعه بخلاف الأول على
ما بينا فإن هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة وإن كانت من جنس واحد فهي بمنزلة الدراهم وكذا كل مكيل أو موزون
كالدراهم لما بينا وقيل هذا قول أبي حنيفة في الرقيق والدور لأنه لا يرى الجبر على القسمة فيهما وقيل هذا قول الكل لأن
الجمع إنما يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد عندهما ولا يتحقق بدون القضاء بل يتعذر ولا قضاء هنا فلم يتحقق الجمع إجماعا
والأشبه أن يكون على الخلاف لأن كل ما أمكن جمعه بدون القضاء أمكن جمعه [illegible] هو المعنى في هذا الباب ألا ترى أنه
أمكن الجمع بدون القضاء عند [illegible] إذا كانت الوصية بثلث الدراهم أو الغنم على ما بينا قال رحمه الله ﴿و بألف وله عين ودين
فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إليه﴾ أي إذا أوصى بألف درهم وله عين ودين فإن خرج من ثلث العين دفع إليه لأن إيفاء
حق كل واحد ممكن من غير بخس بأحد قال في المبسوط أصل المسألة متى كانت التركة بعضها قائم وبعضها غير قائم يقسم
القائم بين الورثة والموصى له على السهام التي تقسم لو كانت كلها قائمة اعتبارا للبعض بالكل ثم ما أصاب المديون من العين
القائمة من التركة يجعل قصاصا بما عليه إذا كان ما عليه مثل حقه في العين أو أكثر فإن كان أقل فبقدره وهذا إذا كانت
التركة من جنس الدين وإن كانت من خلاف جنسه بأن كانت عروضا والدين دراهم أو دنانير ففي رواية الوصايا لا يجعل
نصيبه قصاصا بما عليه وهو القياس وفي رواية هذا الكتاب يحبس عنه من العين حتى يوفي ما عليه استحسانا فإن لم يوف
وطلب صاحب الدين من القاضي أن يبيع نصيبه يبيع القاضي ويقضي من ثمنه دينا ثم المسائل مشتملة على فصول فصل في
الوصية بالسهام في العين والدين وفصل في الوصية بالدراهم والسهام معينة وفصل في وصية الدراهم والعروض رجل مات وترك ابنين
ومائة درهم عينا ومائة دينار على أحد ابنيه وأوصى لرجل بالثلث كان له نصف العين والنصف لغير المدين لأن العين تقسم بينهم أثلاثا
ثلثه للموصى له وثلثه للذي لا دين عليه وثلثه للمدين إلا أن المدين لا يعطيه نصيبه لأن ما عليه أكثر عاله والتركة من جنس الدين فيحسب

ماله

ماله فصار بما عليه لان ما عليه أكثر ماله والتركة من جنس الدين فان ما يخص الابن المدين ذهب بحصته مما عليه ستة وستون وثلثان ويؤدي ثلاثة وثلاثين وثلثا بين الابن غير المدين والموصى له نصفين لان حقهما سيان ولو أوصى بربع العين والدين كان له نصف العين لان جميع مال الميت مائتا درهم للموصى له ربعه وذلك خمسون يبقى مائة وخمسون لكل ابن خمسة وسبعون الا انه لا يعطى للمدين شئ من العين بل يطرح عنه نصيبه من الدين لانه لا فائدة في ذلك فيطرح مما عليه نصيبه وذلك خمسة وسبعون ويؤدي ما بقي عليه وهو خمسة وعشرون ويقسم ذلك مع المائة العين بين الموصى له وبين غير المدين على خمسة أسهم سهمان للموصى له وذلك خمسة وثلاثة أخماسه للابن الذي لا دين عليه ويبرأ المدين عن مثلها فرق بين الوصية بخمس مطلق وبين الوصية بخمس مقيد والفرق ان الوصية بالعين والدين وصية مقيدة والموصى له المقيد يضرب بجميع وصيته يوم الموت اذا كانت وصيته تخرج من ثلث ماله لما بينا وهذا وصيته تخرج من ثلث ماله لان وصيته من العين والدين أربعون درهما منهما وقد خرج من العين قدر وصيته وزيادة فيأخذ وصيته من العين وذلك أربعون وأما الموصى له المطلق يضرب في المال بقدر عشر ماله في العين يوم القسمة لان حقه في العين المطلق المرسل لا في العين فيكون له خمس المال المرسل وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث من العين ولو أوصى لرجل بربع ماله وللآخر بثلث ماله كان نصف العين بينهما على ثمانية لصاحب الربع ثلاثة وأربعة لصاحب الثلث لان أصل الفريضة من ثلاثة اذا لم تجز الورثة سهم الموصى له يبقى سهمان بين الاثنين نصيبين لكل واحد سهم لان ما يصيب المدين من العين يطرح لان ما عليه أكثر ماله واقسم المائة العين بين الابن غير المدين وبين الموصى لهما نصفين لكل واحد خمسون ويحسب للابن المدين ما عليه خمسون مثل ما حصل للابن غير الابن فصار العين من مال الميت حقيقة وحكما مائة وخمسين مائة عين حقيقة وخمسون عين حكما وهو قدر ما استوفاه الابن المدين وبقي على المدين خمسون تاويا مادام معتبرا فلابد من مال الميت ثم ما أصاب الموصى لهم من نصف العين يقسم بينهما على سبعة لان أقل حساب له ثلث وربع اثنا عشر لحق الموصى له بالثلث في أربعة وحق الموصى له بالربع في ثلاثة وصار جميع ذلك سبعة فاقسم الثلث على سبعة أربعة لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع فان أيسر الابن المدين وقدر على الاداء اعتبر المال كله فيكون بين الورثة والموصى لهما الاثاثم مال الموصى لهما بينهما على سبعة لانه لما أيسر ظهر ان مال الميت كان مائتين فيكون ثلث ماله ستة وستين وثلاثين فيقسم بين الموصى لهما على سبعة كما وصفنا واذا كان له مائة درهم عينا ودينا على امرأته ثم مات وترك امرأته وابنه وأوصى بثلث ماله لرجل قسم العين بين الابن والموصى له على أحد عشر للموصى له أربعة فان قدرت المرأة على الاداء كان للموصى له ثلث كل المال ستة وستون وثلثان وللمرأة ثمن الباقي ستة عشر وثلثان تؤدي الفضل فاذا أدت قسم بين الابن والموصى له على أحد عشر قال رحمه الله ﴿والا فثلث العين وكلما خرج شئ من الدين له ثلثه حتى يستوفي الالف﴾ أي ان لم يخرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له ثلث العين ثم كلما أخرج شئ من الدين دفع اليه ثلثه حتى يستوفي حقه وهو الالف لان الموصى له شريك الوارث في الحقيقة ألا ترى انه لا يسلم له شئ حتى يسلم للورثة ضعفه وفي تخصيصه بالعين بخس في الورثة لان العين مقدمة على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال ولهذا لو حلف أنه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث وانما يصير مالا عند الاستيفاء وباعتبار تناوله الوصية فيعتدل النظر بقسمة كل واحد منهما من الدين والعين اثلاثا هذا اذا أوصى لواحد ولو أوصى لاثنين قال في الاصل في الوصية بالدين والعين والثياب والمتاع والسلاح والذهب والفضة والحديد وما أشبه ذلك ذكر في فتاوى الفضل اذا كان رجل أوصى بثلث ماله الدين لرجل والآخر بثلث ماله العين والعين والدين مائة اقتسما ثلث مائة العين نصفين فان خرج من الدين خمسون ضم الى العين وكان ثلث جميع ذلك بينهما على خمسة أسهم ولو أوصى بثلث العين لرجل وبثلث العين لرجل آخر والدين لآخر ولم يخرج من الدين شئ من الدين اقتسما ثلث ذلك خمسون درهما بينهما اثلاثا في قول أبي يوسف ومحمد وأما على قول أبي حنيفة الثلث بينهما في هذه المسألة على خمسة أيضا واذا كان لرجل مائة درهم عينا ومائة درهم دينا على أجنبي فأوصى الرجل بثلث ماله لرجل فانه يأخذ ثلث العين ذكر في فتاوى الفضل ان من أوصى بدين له على رجل ان يصرف على وجوه البر تعلقت الوصية بالدين فان وهب بعض الدين لمديونه بعد ذلك تبطل الوصية بقدر ما وهب كانه رجوع عن وصيته بذلك القدر قال النقالي وتدخل الحنطة في الدين قال وتدخل في الوصية بالعين الدراهم والدنانير قال رحمه الله ﴿وبثلثه لزيد وعمرو وهو ميت فلزيد كله﴾ أي اذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وعمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يشارك الحي الذي هو أهل كما اذا أوصى لزيد وجدار وعن أبي يوسف أنه اذا لم يعلم بموته كان

له نصف الثلث لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يوص للحي إلا بنصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية لعمرو لم تصح فكان
راضيا بكل الثلث للحي هذا إذا كان المزاحم معدوما من الأصل أما إذا خرج المزاحم بعد صحة الإيجاب يخرج بحصته ولا يسلم للآخر
كل الثلث لأن الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة حق الآخر مثله إذا قال ثلث مالي
لفلان ولفلان ابن عبد الله إن مت وهو فقير فمات الموصي وفلان ابن عبد الله غني كان لفلان نصف الثلث وكذا لو قال ثلث مالي لفلان
إن كان عبد الله في البيت ولم يكن عبد الله في البيت كان لفلان نصف الثلث لأن بطلان استحقاقه لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في حق
الآخر ومن لم يدخل في الوصية لعدم الأهلية كان الكل للآخر وقد قدمناه في بعض هذه المسائل وفي الزيادات أصله أن الوصية متى
أضيفت إلى شخصين معينين إن كانا أهلا للاستحقاق كان الثلث بينهما لأن الإيجاب لهما قد صح لوجود الأهلية فيهما عند الإيجاب
وإن انعدمت أهلية أحدهما عند الاستحقاق بالموت فثبتت المزاحمة في الإيجاب بسبب إيجاب النصف لكل واحد منهما كما لو أوصى
بالثلث لأجنبي ولوارثه لم يكن للأجنبي إلا نصف الثلث وإن لم يثبت الاستحقاق لصحة الإيجاب لهما لوجود الأهلية فيهما وإن لم يكن
أحدهما أهلا للاستحقاق عند الإيجاب كان الثلث كله للأهل كما لو أوصى بالثلث لفلان وللحائط ولو قال أوصيت بثلث مالي بين فلان
وفلان وأحدهما ميت فنصف الثلث للآخر وكذلك لو قال بين فلان وبين هذا وأشار إلى حائط ونحوه لأن كلمة بين تقتضي الاشتراك
أو التنصيف ألا ترى أنه لو قال ثلث مالي بين فلان وفلان وسكت لم يكن له إلا نصف الثلث وكلمة بين ملحوظ سواء كانا حيين أو أحدهما
حي والآخر ميت فكان الاشتراك بموجب اللفظ لا بحكم المزاحمة في المحل بخلاف ما لو قال ثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما ميت لأن
الاشتراك والتنصيف هنا بحكم المزاحمة لا بموجب اللفظ لأن اللفظ يقتضي الإفراد بالكل لما بينا ولو قال ثلث مالي لفلان ولعقبه ثم
مات الموصي فالثلث كله لفلان والوصية لعقبه باطلة لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في الإيجاب لأن عقب فلان من يخلفه بعد موته فلا
يتصور له عقب في حياته واستحقاقه الوصية حال حياة الموصي له والعقب معدوم والإيجاب للمعدوم لا يصح ولو قال لفلان ولولد عبد الله
فالثلث كله لفلان لأن الوصية لولد عبد الله إنما تتناول ولده عند موت الموصي لا عند الإيصاء لأنه أرسل الموصى له ولو أرسل الموصى به
فقال ثلث مالي لفلان فينصرف إلى ثلث ماله يوم موت الموصي لا يوم الوصية فكذلك الموصى له ولا ولد لعبد الله يوم موت الموصي فلا
يصح إيجاب الوصية له فصار كأنه أوصى لفلان لا غير وتحقيقه أن العين تعرف بالإشارة إليها لا بالصفة فلم يشترط الوصف لتناول الإيجاب
وغير ذو العين إنما يعرف بصفته وإنما يتناول الإيجاب إذا وجد فيه تلك الصفة عند موت الموصي فلم توجد الصفة فلم يتناوله الإيجاب
فكان الثلث للآخر وكذلك لو قال ثلث مالي لفلان إن مت وهو حر ولفلان بن فلان فإن مات وهو حر فالثلث بينهما وإن مات قبل
موته كان للثاني النصف لا غير لما قلنا ولو قال ثلث مالي لفلان ولمن افتقر من ولد فلان ثم مات الموصي وولد فلان كلهم أغنياء فالثلث
كله لفلان لأنه ضم إلى فلان شخصا موصوفا بأنه فقير وما أشار إلى العين فيكون مرسلا لا معينا فتتعين فيه حال الموت لا وقت الإيصاء
وقوله لمن افتقر يتناول من احتاج بعد أن كان غنيا دون من كان فقيرا من الأصل لأن هذا اللفظ إنما يستعمل فيمن احتاج بعد
الغناء وفي البرة معه زيادة ثواب وقد ندب الشرع إليه لقوله عليه الصلاة والسلام أكرموا ثلاثة عزيز قوم ذل وغنيا افتقر
وعالما بين جهال فيجوز أن يكون للموصي قصد تخصيص هذه الزيادة ولو أوصى لامرأته بأحد العبدين وللأجنبي بالآخر كان
للأجنبي ثلثا عبده يبدأ به أربعة من ستة فصار كل عبد على ستة وكلاهما اثنا عشر وللمرأة ربع ما بقي من العبدين سهمان من
ثمانية بالميراث سهم ونصف من عبدها ونصف سهم من الأجنبي يبقى لها من وصيتها أربعة ونصف ويبقى للأجنبي من وصيته
اثنان فيضرب كل واحد بذلك في الستة الباقية فإذا أردت تصحيح الفريضة جعلت كل عبد مائة وستة وخمسين سهما
لأن الباقي للمرأة أربعة وللأجنبي سهمان فيكون ستة ونصفا فانكسر بالنصف فأضعف ليزول الكسر فصار ثلاثة عشر فإذا صار
نصف المال على ثلاثة عشر صار الكل ستة وعشرين فاضرب أصل الحساب وذلك اثنا عشر في ستة وعشرين فيصير ثلاثمائة
وخمسين يأخذ الموصى له مائة وأربعة والباقي للمرأة بوصيتها وميراثها لأن الأجنبي يأخذ أولا ثلثي عبده وذلك مائة وأربعة أسهم وتأخذ
المرأة ربع ما بقي وذلك اثنان وخمسون بقي مائة وخمسة وستون سهما ينقسم بينهم على ثلاثة ٧ سهما تسعة أسهم من ذلك وذلك
ثلاثمائة وثمانية وأربعون للأجنبي من عبده الموصى به له فإذا ضممت ذلك إلى مائة وأربعة صار كله مائتين واثنين وخمسين أصله أن
الوصية لا تجوز للوارث حتى لا تجوز إلا بإجازة الورثة عند أبي حنيفة وعندهما لا تجوز أصلا لما يأتي في بابه وإذا أوصى بماله

كما لو قتله ولا وارث له أو بكله لأجنبي قيل للأجنبي ثلث المال والثلث للقاتل لأن ثلثي المال صار مستحقا للأجنبي بوصية قوية والمستحق بالوصية القوية تبطل فيه الوصية الضعيفة ضرورة واستحسانا فيما بقي ثلث المال استوت وصيتهما فيه لأن وصيتهما فيما زاد على الثلث ضعيفة حتى لا تنفذ إلا بإجازة الوارث فإذا تساويا في الوصية تساويا في القسمة وإذا ماتت امرأة وتركت زوجها وأوصت لأجنبي بثلث مالها ولقاتلها عمدا فللزوج ثلثاه والثلث الباقي بين الأجنبي والقاتل أثلاثا عند محمد للقاتل منه سهمان ويكون المال كله من تسعة للأجنبي أولا ثلاثة وللزوج ثلاثة للأجنبي سهم وللقاتل سهمان وعند محمد الباقي بينهما نصفان لأن عنده القاتل لا يضرب بما صار مستحقا للزوج بالميراث وإنما يضرب بما بقي وهو الثلث وللأجنبي كذلك فصار الثلث بينهما نصفين والقسمة من ستة للأجنبي النصف ثلاثة وللزوج سهمان وللقاتل سهم وعند أبي يوسف لا تجوز الوصية للقاتل أبدا وإن لم يكن وارث وتبين أنها إذا لم يكن لها وارث غير الزوج جاز إقرارها لأن المانع من صحة إقرار المريض لوارثه حق سائر الورثة حتى لو صدقوه كان الإقرار صحيحا وقد فقد المانع هنا لانعدام الوارث لها فصح إقرارها وإذا قتلها زوجها وأجنبي عمدا ثم عفت عنهما فأوصت للأجنبي بنصف مالها جازت الوصية ولا ميراث للزوج لأنه قاتلها والقتل العمد يحرم عن الميراث فقد تحققت أن لا وارث لها أصلا فجازت الوصية للقاتل لأن المانع من جواز الوصية وجود الوارث ولا وارث لها فقد فقد المانع قال رحمه الله ﴿ولو قال بين زيد وعمرو ولزيد نصفه﴾ أي إذا قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وعمرو ميت كان لزيد نصف الثلث لأن كلمة بين توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما إذا قال لفلان وفلان فبان أحدهما ميتا حيث يكون للحي كل الثلث لأن الجملة الأولى كلام يقتضي الاختصاص بالحكم لأن العطف يقتضي المشاركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث والتنصيف بكل المزاحمة فإن زالت المزاحمة تكامل ألا ترى أن من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان له جميع الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كاملا بل نصفه ألا ترى إلى قوله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم اقتضى أن يكون النصف بدليل قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم قال رحمه الله ﴿وبثلثه ولا مال له له ثلث ما يملكه عند الموت﴾ لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء اكتسبه بعد الوصية أو قبلها بعد أن لم يكن الموصى به عينا أو عينا معينا وأما إذا أوصى بعين أو نوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته فتبطل الوصية لأنها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنما أخرى أو غنما أخرى بعد ذلك لا يتعلق حق الموصى له بذلك ولم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح لأنها لو كانت بلفظ المال تصح وكذا إذا كانت بلفظ نوعه لأن المعتبر وجوده عند الموت لا غير ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى له قيمة شاة لأنه لما أضاف الشاة إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد في مطلق المال ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الإبل السائمة شاة وعين الشاة لم توجد في الإبل وإنما توجد في ماليتها ولو أوصى بشاة ولم يضفها إلى ماله ولا غنم قيل لا تصح لأن المصحح إضافتها إلى المال وبدون الإضافة إلى المال تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافها إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما إذا أضافها إلى المال وعلى هذا تخرج كل نوع من أنواع المال كالبقر والثوب ونحوها اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسألة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لأن الشاة فرد من الغنم وإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن إذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحدة لا كثير فعبارة الهداية تتناول صورتين ما إذا لم يكن له شاة أصلا وما يكون له شاة لا غنم له في الصورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول إلا الصورة الأولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية وعبارة الهداية أشمل وأحوط اهـ كلامه ورد عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال في شرحه إنما قال ولا شاة ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لأن الشاة فرد من الغنم فإذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد فرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي فإن الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اهـ وقال في حاشيته أخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين اهـ وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه بعد ما نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الأفاضل بما حاصله أن عبارة الوقاية هي

الصواب وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم ان الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم أن العم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس وان بقي العم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه أوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فسقط الوصية في دلالة الشرط اسم العم دون الشاة الى هنا كلامه قال رحمه الله ﴿و ثلثه لامهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين وامهات أولاده ثلاث يقسم الثلث أخماسا فلهن ثلاثة أسهم ولكل طائفة من المساكين والفقراء سهم﴾ وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يقسم أسباعا لان المذكور بلفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان قال الله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس وقال وان كن نساء فوق اثنتين الآية والمراد بالاثنتين اثنان فكان من كل طائفة اثنان وأمهات الاولاد ثلاثة فكان المجموع سبعة فيقسم أسباعا ولهما ان الجنس المحلى بالالف واللام يتناول الادنى مع احتمال الكل كالمفرد المحلى بهما لانه يراد بهما الجنس اذا لم يكن ثم معهود قال الله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وقال الله تعالى وجعلنا من الماء كل شيء حي ولا يحتمل ما بينهما فتعين الادنى لتعذر ارادة الكل ولهذا لو حلف لا يشتري العبيد يحنث بواحد فيتناول من كل فريق واحدا وأمهات الاولاد ثلاثة فتبلغ السهام خمسة وليس فيما تلي زيادة على ما ذكر لان المذكور في الاثنين نكرة وكلامنا في المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكرا قلنا كما قال ثم هذه الوصية تكون لامهات أولاده اللاتي يعتقن بموته دون اللاتي عتقن في حياته من أمهات الاولاد لان الاسم لهن في العرف واللاتي عتقن حال حياته والد لا أمهات أولاده وانما تصرف اليهن الوصية عند عدم أولئك لعدم من يكون أولى منهن بهذا الاسم ولا يقال ان الوصية لمملوكه بماله لا تجوز لان العبد لا يملك شيأ وانما يجوز له الوصية بالعتق أو برقبته لكونه عتقا فوجب أن يكون لامهات أولاده اللاتي تعتق حال حياته لانا نقول القياس أن لا تجوز الوصية لهن لانهن جوار لكن حال نزول العتق بهن لكون العتق والتمليك معلقا بالموت والتعليق يقع عليهن وهن اماء وكذا عليكهن يقع وهن اماء وهو لا يجوز الا انا جوزناه استحسانا لان الوصية مضافة الى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد بايصائه وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقهن كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة ولعل الامام قاضيخان والامام المحبوبي عنيا هذا فقالا انما جوزنا الوصية لامهات أولاده فلان أوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولا يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا وأجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته اعتاقا وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف أم الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمة وصية أصلا ولقائل أن يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد أن يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل الى هنا لفظ العناية وفي نوادر بشر عن أبي يوسف ولو أوصى لامهات أولاده بألف ولمواليه بألف وله أمهات أولاد عتقن في حياته وموال يات اعتبر كل فريق على حدة ولو أوصى بثلث ماله لمواليه ولم يذكر أمهات الاولاد دخلت أمهات الاولاد في الوصية وظاهر قوله وهن ثلاثة انهن لو كن ثنتين يقسم المال على أربعة لهن ولو أوصى لأولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم والعلوية والشيعة ويحيى أولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم والفقهاء والعلماء أصحاب الحديث سئل الفقيه أبو جعفر عن رجل أوصى لأولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ذكر أبو نصر بن يحيى كان يقول الوصية لاولاد الحسن والحسين ولا يكون لغيرهما فأما العلوية فهل يدخلون في هذه الوصية لانه كان للمحسن رضي الله عنه ست روحت من ولد عمر رضي الله عنهم واذا أوصى للعلوية فقد حكي عن الفقيه أبي جعفر أنه لا يجوز لانهم لا يحصون وليس في هذا الاسم ما ينبئ عن الفقر والحاجة ولو أوصى لفقهاء العلوية يجوز وعلى هذا الوصية للفقهاء لا تجوز ولو أوصى لفقرائهم تجوز وقد حكي عن بعض مشايخنا أن الوقف على معلم في المسجد يعلم الصبيان فيه يجوز لان عامتهم الفقراء والفقراء فيهم الغالب وصار الحكم لعلة الفقر كالمشروط وقال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني كان القاضي الامام يقول على هذا القياس اذا أوصى لطلبة علم كورة أو لطلبة علم كذا يجوز ولو أعطى الوصي واحدا من فقراء الطلبة أو من فقراء العلوية جاز عند أبي يوسف

وعند

وعند محمد لا يجوز إلا إذا صرف إلى اثنين منهم فصاعدا وإذا أوصى للشيعة ومحبي آل محمد المقيمين ببلدة كذا فاعلم أن في الحقيقة كل مسلم شيعة ومحب لآل رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يصح في ديانتهم إلا ذلك وأما ما وقع عليه ممن أراده الموصي فمراده الذين يصرفون الميل إليهم وصاروا وسموا به بذلك دون غيرهم فقد قيل الوصية باطلة وأما إذا كانوا لا يحصون فيكون للفقراء استحسانا على قياس مسئلة اليتامى وقال الفقيه أبو جعفر ولم يكن في بلدنا أحد يسمى فقيها غير أبي بكر الأعمش شيخنا وقد اختار أبو بكر الفارسي وبذل مالا كثيرا لطلبة العلم حتى نادوه في مجلس أبو الفقيه وإذا أوصى لأهل العلم ببلدة كذا فإنه يدخل فيه أهل الفقه وأهل الحديث ولا يدخل فيه من يتعلم الحكمة وفي الخانية وهل يدخل فيه من يتعلم الحكم وهل يدخل فيه المتكلمون لا ذكر فيه وعن أبي القاسم وعلى قياس هذه المسئلة لا يدخل في الوصية المتكلمون وإذا أوصى بثلث ماله لفقراء طلبة العلم من أصحاب الحديث الذين يختلفون إلى مدرسة منسوبة في كورة كذا لا يدخل متعلمو الفقه إذا لم يكونوا من جملة أصحاب الحديث ويتناول من يقرأ الأحاديث ويسمع ويكون في طلب ذلك سواء كان شافعي المذهب أو حنفي المذهب أو غير ذلك ومن كان شافعي المذهب إلا أنه لا يقرأ الأحاديث ولا يسمع ولا يكون في طلب ذلك لا يتناوله اسم أصحاب الحديث قال رحمه الله ﴿و بثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه ولهم نصفه﴾ أي إذا أوصى بثلث ماله لزيد وللمساكين كان لزيد النصف وللمساكين النصف وهذا عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين وقد بيناه أخذ كل واحد من الفريقين قال رحمه الله ﴿و بمائة لرجل وبمائة لآخر فقال لآخر أشركتك معهما﴾ له ثلث مال كل منهما وإن بمائة له وبمائتين لآخر فقال لآخر أشركتك معهما فله نصف مال كل واحد منهما يعني إذا أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة ولو أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم قال لآخر قد أشركتك معهما كان له نصف مال كل واحد منهما لأن الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء في الثلث على المساواة وقد أمكن إثبات المساواة بين الكل في الأول لاستواء المالين فأخذ هو من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ويأخذ من كل واحد منهما ثلثي المائة ولا يمكن المساواة بين الكل في الثانية لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين ولو أوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية أخرى ثم قال لآخر أشركتك معهما فإن كانت قيمة الجاريتين متفاوتة له نصف كل واحدة منهما بالإجماع وإن كانت قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما عندهما وعند أبي حنيفة له نصف كل واحدة منهما بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق فيكونان كجنسين مختلفين وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال لآخر أشركتك أو أدخلتك معه فالثلث بينهما نصفان كذا قال صاحب العناية وما ذكره المؤلف استحسان والقياس له نصف كل مائة لأن لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الإطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد أشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة ووجه الاستحسان أنه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وإثبات المساواة بأن يأخذ من كل واحد منهما نصف المائة فعلم بهذا أنه شركه معهما جملة واحدة ولا يعتبر بإشراكه إياه مع كل واحد منهما متفرقا اهـ قال رحمه الله ﴿وإن قال لورثته لفلان علي دين فصدقوه فإنه يصدق إلى الثلث﴾ وهذا استحسان والقياس أن لا يصدق لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحا لا يحكم به إلا بالبيان وقوله فصدقوه مخالف للشرع لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة وتعذر جعله إقرارا مطلقا فلا يعتبر فصار كمن قال كل من ادعى علي شيئا فأعطوه فإنه باطل لكونه مخالفا للشرع إلا أن يقول إن رأى الوصي أن يعطيه فحينئذ يجوز من الثلث ووجه الاستحسان أنا نعلم قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال لهم إذا جاءكم فلان وادعى شيئا فأعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة وكذا هنا فيصدق إلى الثلث قال رحمه الله ﴿فإن أوصى بوصايا﴾ أي مع ذلك ﴿عزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لكل صدقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فللوصايا﴾ أي لأصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين وإنما عزل الثلث والثلثان لأن الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم وفي ما عزل المعلوم وفي الإفراز فائدة أخرى وهي أن أحد الفريقين قد يكون أعرف بمقدار هذا الحق وما يتعلق به ور بما يختلفون في الفصل إذا ادعاه الخصم فإذا أقر فقد علمنا أن في التركة دينا شائعا في جميع التركة فيؤمر أصحاب الوصايا والورثة ببيانه فإذا بينوا شيئا أخذ

أصحاب الوصايا ثلث ما أقروا به والورثة ثلثي ما أقروا به لان اقرار كل فريق نافذ في حق نفسه فيلزمه بحصته وان ادعى المقر له أكثر من ذلك حلف كل فريق على نفي العلم لانه تحليف على فعل الغير قال الشارح قال العبد الضعيف الراجي عفو ربه الكريم هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير ان يكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه قال صاحب العناية حاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية معنى فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخصص الثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين وقد سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه أقول فيه كلام وهو ان العمل بمجموع الشبهين ان كان أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا كما هو الظاهر المعروف فيما علم لم يعملوا بشبه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كما اذا قال ادفعوا لفلان ما ادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث لم يجعلوا له حكما أصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يوجد تقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه بل يوجد بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اهـ وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يوجد تقولهم ولا اعتبار فتأمل اهـ قال رحمه الله ﴿ولأجنبي ووارثه له نصف الوصية وبطل وصيته للوارث﴾ أي اذا أوصى لأجنبي ولوارثه كان للأجنبي نصف الوصية وبطل للوارث لانه أوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل في الآخر بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لان الميت ليس بأهل للوصية فلا تصح وبخلاف الوارث فانه من أهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل والاجنبي وهذا بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه ولاجنبي حيث لا تصح في حق الاجنبي أيضا لان الوصية انشاء تصرف وهو تمليك مبتدأ فيهما والشركة تثبت حكما للتمليك فتصح في حق من يستحقه دون الآخر لان بطلان التمليك لاحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الآخر أما الاقرار فهو اخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا الى اثبات هذا الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيأ كان للوارث ان يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر ولا يكون مفيدا قال في النهاية قال التمرتاشي هذا اذا تصادقا أما اذا أنكر الاجنبي شركة الوارث أو أنكر الوارث شركة الاجنبي فانه يصح اقراره في حصة الاجنبي عند محمد لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في حقه ولا يبطل في حق الآخر وعندهما يبطل في الكل لان حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبي وانما أوجبه مشتركا بينهما كما بينا وفي المبسوط مسائله على فصول أحدها في الوصية لاجنبي ولوارثه والثاني في الوصية للأجنبي مع أحد الزوجين والثالث في الوصية للأجنبي وللقاتل والرابع في الوصية بالبيع من الوارث أو من الاجنبي رجل أوصى لاجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية لان الايصاء ابتداء ايجاب وقد أضيف الى ما يملكه والى ما لا يملكه فيصح فيما يملكه ويبطل فيما لا يملكه ولم يبطل هذا ببطلان الآخر لان الشركة بينهما في حكم الايجاب وبطلان بعض الحكم لا يبطل الايجاب بخلاف ما لو أقر المريض لاجنبي ولوارثه في كلام واحد حيث يبطل الكل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان الاشتراك هناك مخبر عنه لان الاقرار اخبار عن كائن سابق والخبر بناء على المخبر به فكان المخبر به بمنزلة العلة والخبر بمنزلة الحكم للعلة فاذا لم يثبت المخبر عنه وهو الاشتراك لم يثبت حكمه وهو الخبر أصله ان الوارث اذا كان بحال لا يحوز جميع الميراث فالوصية بمقدار الثلث للأجنبي مقدمة في التنفيذ في حق هذا الوارث وبما زاد على الثلث مؤخرة فان الوصية بالثلث تنفذ من غير اجازة فكانت وصية قوية مستحكمة فتكون في التنفيذ مقدمة والوصية بما زاد على الثلث واهية ضعيفة لانها لا تجوز الا بالاجازة لتعلق حق الورثة به فكانت مؤخرة عن حق الورثة لان حقهم متأكد فاذا وصل الى الوارث حقه صار كمن لا وارث له فتنفذ وصيته فيه والثاني ان من لا وارث له تصح وصيته بجميع المال الموجود المطلق وهو مالكيته وأهليته امرأة ماتت عن زوج وأوصت بنصف مالها لاجنبي جاز وللزوج الثلث وهو نصف الثلثين وللموصى له النصف يبقى سدس لبيت المال لان وصية الاجنبي بقدر الثلث وصية مؤكدة فكانت في التنفيذ

مقدمة

مقدمة فصار الثلث مستحقا بالوصية فيبطل الارث فيه فيبقى تركتها ثلثي المال فللزوج نصف ذلك وهو ثلث الكل بقي ثلث آخر
وليس له مستحق بالميراث فتنفذ فيه الوصية في ثلثه وذلك سدس فوصل الى الموصى له نصف المال وبقي سدس لا وصية ولا وارث فيه
فيصرف الى بيت المال وكذلك لو مات الرجل عن امرأته وأوصى بماله كله لاجنبي ولم تجز الوصية فللمرأة السدس وخمسة أسداسه
للموصى له لان الثلث صار مستحقا بالوصية فبقيت التركة ثلثي المال فللمرأة ربع ذلك والباقي للموصى له لان الوصية مقدمة على بيت
المال ولو ماتت عن زوج وأوصت لقاتلها بالنصف يأخذ الزوج النصف أولا وللقاتل النصف الآخر وهي وصية صحيحة لانه بمنزلة
الوارث فيقدم الميراث عليها فيستحق الزوج أولا نصف المال بالارث والنصف الباقي فارغ عن حق الورثة فتنفذ الوصية فيه
للقاتل كما تنفذ الوصية للقاتل في تركة من لا وارث له ولو تركت عبدين قيمتهما سواء وأوصت بأحدهما لزوجها فله العبدان بالارث
والوصية لانه مستحق لما فضل عن فرضه فيكون فارغا عن حق الغير فصحت الوصية لفقد المانع أصلا اذ الوصية للوارث بالثلث
بمنزلة الوصية للاجنبي بما زاد على الثلث حتى لا تنفذ كل واحدة منهما الا باجازة الورثة لانها صادفت محلا تعلق به حق بعض الورثة
فيتوقف على اجازتهم قال رحمه الله ﴿وبثياب متفاوتة لثلاثة فضاع ثوب ولم يدر أي والوارث يقول لكل هلك حقك بطلت﴾
أي اذا أوصى بثلاثة ثياب متفاوتة وهي جيد ووسط ورديء لثلاثة أنفار لكل واحد منهم ثوب فضاع منها ثوب ولا يدرى أيهم
والوارث يجحد ذلك بأن يقول لكل واحد منهم هلك حقك أو حق أحدكم ولا يدرى من هو الهالك فلا أدفع اليكم شيأ بطلت
الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصي فيبطل كما اذا أوصى لاحد الرجلين وقول المؤلف
والوارث يقول الى آخره ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهما الثوب الذي هو حقك قد هلك أقول في ظاهر تعبير
المؤلف ههنا فساد لان هلاك كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاعت الاثواب الثلاثة معا والغرض في وضع المسئلة ان ضياع ثوب
واحد منها غير معلوم بخصوصه فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك فانه كذب ظاهر
لا ينبغي ان يسمع أصلا فضلا عن ان يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي الاعتراف
بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه والاولى في التعبير ما ذكر في الجامع الصغير للصدر الشهيد والامام قاضيخان وهو ان المراد
بجحود الوارث أن يقول حق واحد منكم باطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه ولا نسلم اليكم شيأ والذي يمكن في توجيه
كلام المصنف ان يكون مراده معنى جحوده ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل ان يكون حقك فكأنه
سامح في العبارة بناء على ظهور المراد ووافقه صاحب الكافي في هذه العبارة مع ظهور كلامها قال رحمه الله ﴿الا ان يسلموا ما بقي﴾
أي الا ان يسلم الورثة ما بقي من الثياب فحينئذ تصح الوصية لانها كانت صحيحة في الاصل وانما بطلت بجهالة طارئة مانعة من
التسليم فاذا سلموا الباقي زال المانع فعادت صحيحة كما كانت فتقسم بينهم قال رحمه الله ﴿فلذي الجيد ثلثاه ولذي الرديء
ثلثاه ولذي الوسط ثلث كل﴾ أي لصاحب الجيد ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الرديء يعطى ثلثا الثوب الرديء ولصاحب الوسط
ثلث كل واحد منهما فيصيب كل واحد منهم ثلثا ثوب لان الاثنين اذا قسما على ثلاثة أصاب كل واحد منهما الثلثان وانما أعطى لصاحب
الوسط ثلث كل واحد منهم وللآخرين الثلثين من ثوب واحد لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين لانه انما يكون هو
الرديء أو الوسط ولا حق له فيهما واحتمل ان يكون حقه في الرديء بأن كان الهالك هو الجيد أو الوسط واحتمل ان لا يكون له فيه
حق بأن يكون الهالك أجود ويحتمل ان يكون في الرديء بأن يكون الهالك أردأ أو يحتمل أن يكون له فيهما حق بأن كان الهالك
هو الوسط فاذا كان كذلك أعطى كل واحد منهم حقه من محل يحتمل ان يكون حقه لان التسوية بابطال حق كل واحد منهم اليه
وهم في احتمال بقاء حقه وبطلانه سواء وفيما قلنا ايصال حق كل واحد منهم بقدر الامكان وتحصيل غرض الموصي من التفضيل فكان
متعينا وفي العيون اذا أوصى لرجل بثياب جيدة فله ما يلبس من الجباب والقمص والاردية والطيلسان والسراويلات والاكسية
ولا يكون له شيء من القلانس والخفاف والجوارب وفي الخانية فان ذلك ليس من الثياب وفي فتاوى الفضلي قال بالفارسية جامه
من هروشيد و بدرويشان دهيد فهذا في عرفنا يقع على جميع ثياب بدنه الا الخف فانه يبعد أن يراد بهذا اللفظ في عرفنا الخف
ويدخل في الوصية ما ثوب الديباج وغيره مما يلبس عادة من كساء أو فرو وهكذا ذكر في السير ولا يدخل فيه البساط والستر وكذا
العمامة والقلنسوة لا تدخل ذكره في السير وقد قيل اذا كانت العمامة طويلة يجيء منها ثوب كامل تدخل تحت الوصية وفي

فتاوى أهل سمرقند إذا أوصى بمتاع بيته يدخل تحت الوصية القلنسوة والخف واللحاف والدثار والفراش لأنه يصون بهذه الأشياء بدنه عن الحر والبرد والأذى وفي السيراجية اسم المتاع في العادة يقع على ما يلبسه الناس ويبسط وعلى هذا يدخل في الوصية بالمتاع الثياب والفراش والقمص والسترة يدخل فيها ولا فقد اختلف المشايخ أشار محمد في السير إلى أنه يدخل وإذا أوصى لرجل بفرس بسلاحه سئل أبو يوسف أهو على سلاح الرجل أو على سلاح الفرس قال على سلاح الرجل قال العتابي في فتاويه وأدنى ما يكون من السلاح سيف وترس ورمح وقوس ولو أوصى له بذهب أو فضة ولآخر بسيف محلى بذهب أو فضة كانت الحلية له وبعد هذا ينظر إن لم يكن في نزع الحلية ضرر فاحش ينزع الحلية من السيف وتعطى للموصى له وإن كان في نزعها ضرر فاحش ينظر إلى قيمة الحلية وإلى قيمة السيف فإن كانت قيمة السيف أكثر تخير الورثة إن شاؤوا أعطوا الموصى له قيمة الحلية مصوغا من خلاف جنسها وصار السيف مع الحلية لهم وإن كانت قيمة الحلية أكثر تخير الموصى له إن شاء أعطى وأخذ السيف وإن شاء أخذ القيمة وإن كانت قيمتهما على السواء كان الخيار للورثة ولو أوصى لرجل بفرو ولآخر بجبة بطانتها ثوب فرو وظهارتها ثوب فرو كان للموصى له الثوب والآخر للورثة ولو أوصى بجبة خز وله جبة وبطانتها خز دخلت تحت الوصية إن كانت الظهارة خزا أو البطانة خزا كذلك الجواب وإن كانت البطانة خزا فلا شيء له ولو أوصى له بحلي يدخل كل ما يطلق عليه اسم الحلي سواء كان مفصصا بزمرد وياقوت أو لم يكن ويكون جميع ذلك للموصى له ولو أوصى له بذهب وله ثوب ديباج منسوج من ذهب فإن كان الذهب مثلا الثوب مثل الغزل فليس له شيء إن كان الذهب فيه شيء حتى كان ذلك للموصى له وما وراء ذلك للورثة فيباع الثوب ويقسم الثمن على قيمة الذهب وما سواه فما أصاب الذهب فهو للموصى له ولو أوصى له بحلي دخل تحته الخاتم من الذهب وهل يدخل تحتها الخاتم من الفضة فإن كان من الخواتم التي تستعملها الرجال دون النساء لا يدخل وهل يدخل فيه اللؤلؤ والياقوت والزبرجد فإن كان مركبا في شيء من الذهب والفضة يدخل بالاتفاق وإن لم يكن مركبا فعلى قول أبي حنيفة لا يدخل لأنه ليس بحلي وعلى قولهما يدخل أصل المسألة إذا حلفت المرأة لا تلبس حليا ولبست عقد اللؤلؤ لا تخالطه ذهب ولا فضة لا تحنث في يمينها عند أبي حنيفة وعندهما تحنث ولو لبست عقد لؤلؤ مركب من ذهب وفضة تحنث في يمينها بالإجماع ولو أوصى له بحديد وله سرج ركاباه من حديد ينزع الركابان وأعطيا الموصى له والباقي للورثة وفي المنتقى إذا أعتق عبده وقال كسوته له وله حمائل وقلنسوة وقميص وسراويل وإزار ولا يدخل فيه منطقته ولا سيفه وإن قال له متاعه دخل السيف والمنطقة أيضا وهي وصية عبد الله بن المبارك لغلامه قال رحمه الله ﴿وببيت عين من دار مشتركة وقسم ووقع في حظه فهو للموصى له وإلا مثل ذرعه﴾ معناه إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإن الدار تقسم فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله له نصف البيت إن وقع في نصيب الموصي وإن وقع في نصيب الآخر كان له مثل ذرع نصف البيت لأنه أوصى بملكه وبملك غيره لأن الدار كلها مشتركة فتنفذ في ملكه ويتوقف الباقي على إجازة صاحبه ثم إذا ملكه بعد ذلك فالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم أصابه بالقسمة عين البيت كان للموصى له نصفه لأنه عين ما أوصى به وإن وقع في نصيب صاحبه كان مثل نصف البيت لأنه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به كالجارية الموصى بها إذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما يأتي في مسائل الرجوع عن الوصية ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه إذا أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأنه يقصد الإيصاء بما ينتفع به على الكمال ظاهرا وذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في القسمة تابع وإنما المقصود الإفراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه قال صاحب النهاية في بحث رواية قال في كتاب القسمة والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكرنا لأن الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض إذا لم تكن من جنس واحد وإلى هذا

أشار بقوله وإنما الإقرار تمليكا ولا يبطل الوصية إذا وقع البيت كله في نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع الموصى به وعلى اعتبار الإقرار صار كأن البيت كله في نصيب شريكه ولو كانت مبادلة كان مالكه من الابتداء وإذا وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان البيت جميعه من الذي وقع في نصيب الموصي لأنه عوضه ومراد الموصي من ذكر البيت تقديره به تبرأ بأن نقول بتعيين البيت إذا وقع البيت في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وإذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو نقول إنه أراد التقدير على اعتبار وقوع البيت في نصيب شريكه وأراد التمليك على اعتبار وقوعه في نصيبه ولا يبعد أن يكون لكلام واحد جهتان باعتبارين ألا ترى أن لكلام واحد جهتين فيمن علق بأول ولد تلده أمته طلاق امرأته وعتق ذلك الولد فيتقيد في حق العتق بالولد الحي لا في حق الطلاق ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على عشرة أسهم عند محمد تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة أذرع وهم بنصف الدار إلا نصف البيت الذي صار له وهو خمسة وأربعون ذراعا ونصيب الميت من الدار خمسون ذراعا فيجعل كل خمسة منها سهما فصار عشرة أسهم وعندهما يقسم على خمسة أسهم لأن الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة أذرع وهم بنصف كله إلا البيت الموصى به وهو أربعون ذراعا فيجعل كل عشرة أذرع سهما فصار المجموع خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة لهم قال رحمه الله

﴿والإقرار مثلها﴾ أي الإقرار ببيت معين من دار مشتركة مثل الوصية به حيث يؤمر بتسليم كله إن وقع البيت في نصيب المقر عندهما وإن وقع في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد يؤمر بتسليم النصف أو قدر النصف وقيل محمد معهما في الإقرار والفرق له على هذه الرواية أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكت بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية قال في الأصل الإقرار بالوصية من الوارث والشهادة عليها وإقرار الوارث بالدين والوديعة والشركة قال وإذا أقر الوارث أن أباه أوصى بالثلث لفلان وشهدت الشهود أنه أوصى بالثلث لآخر كان الثلث كله للمشهود له ولا يكون للذي أقر له الوارث من الثلث شيء ولا يضمن الوارث للمقر له شيئا إذا هلك المال في يده قبل الدفع أو دفع إلى المشهود له بقضاء قاض أو بغير قضاء قال وإذا أقر الوارث أن أباه أوصى بالثلث لفلان ثم قال بعد ذلك بل أوصى به لفلان أو قال أوصى به لفلان لا بل لفلان فإنه يكون للأول في الوجهين جميعا ولا يضمن الوارث شيئا للثاني إذا هلكت التركة في يده قبل الدفع للأول بقضاء وإن دفع للأول بغير قضاء قاض صار ضامنا للثاني ثم إن محمدا فرق بين هذا وبين الإقرار بالوديعة قال إذا أقر الرجل أن هذا العبد وديعة لفلان ثم قال لا بل لفلان ودفع العبد إلى الأول بقضاء قاض أو بغير قضاء فإنه يضمن للثاني قيمة العبد في الحالين ومتى دفع الوارث الثلث إلى الأول بقضاء قاض فإنه لا يضمن للثاني عندهم جميعا وهذا الذي ذكرنا كله إذا كان الإقرار للثاني منفصلا عن الأول فأما إذا كان متصلا كان الثلث بينهما نصفين ونظير هذا الإقرار بالوديعة لو أقر أن هذا العبد عنده وديعة لفلان وفلان أو قال وديعة عنده لفلان آخر متصلا كان العبد بينهما نصفين كأنه قال هذا العبد وديعة عندي لفلان ثم قال لا بل لفلان فإن العبد كله للأول فكذا هذا قال وإذا أقر الوارث بوصية ألف درهم بعينها ثم أقر بعد ذلك بالثلث لآخر ثم رفع ذلك إلى القاضي فإنه يدفع الألف إلى الأول وكان الجواب فيه كالجواب فيما إذا أقر بالثلث لآخر ثم رفع ذلك إلى القاضي فإنه يدفع الألف إلى الأول ثم إذا أقر بعد ذلك للثاني فإن الثلث كله يدفع للأول ولا يكون للثاني فيه شيء كذلك هذا الجواب فيما لو أقر بوصية بغير عينها والجواب فيه لو أقر بألف بعينها لأن الوصايا تنفذ من الثلث فصار الثلث كله مستحقا للأول بالإقرار الأول وكان الجواب فيما لو أقر بألف قال محمد في الجامع في الرجل يموت ويترك وارثين وألفي درهم فيأخذ كل واحد منهما ألفا فغاب أحدهما وأقر الحاضر لرجل أن الميت أوصى له بثلث أخذ المقر له من الحاضر ثلث ما في يده وفرق بين هذا وبين ما إذا أقر الحاضر بدين له فإنه يأخذ كل ذلك من نصيبه وإن أقر أحدهما بوديعة بعينها وذلك في نصيبه وكذبه الآخر فإنه يؤخذ ذلك كله من المقر وإن أقر بوديعة مجهولة يستوفي الكل من نصيبه ولو أقر أحدهما بشركة بينه وبين الآخر وكذبه الآخر صح في نصيبه ويقسم ما في يده بين المقر والمقر له ولا يأخذ المقر له من الجاحد شيئا لأن إقرار كل مقر يصح في حقه ولا يصح في حق غيره ونظير هذا ما قالوا في رجل مات وترك بنتين وأقرت إحدى البنتين بأخ مجهول وكذبتها البنت الأخرى فإن الأخ المقر له يأخذ من نصيب البنت المقرة وفي الكافي ابنان اقتسما تركة الأب ألفا

ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فالمقر يعطيه ثلث ما في يده استحسانا وقال زفر يعطيه نصف ما في يده قياسا ولو كان البنون ثلاثة والتركة ثلاثة آلاف فقسموها فأخذ كل واحد ألفا وادعى رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه واحد منهم فإنه يعطيه عند زفر ثلاثة أخماس ما في يده وعندنا يعطيه ثلث ما في يده قال رحمه الله ﴿وبألف عين من مال آخر فأجاز رب المال بعد موت الموصي ودفعه صح وله المنع بعد الإجازة﴾ أي إذا أوصى لرجل بألف درهم بعينها من مال غيره فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ودفعه إليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد الإجازة لأنه تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازة صاحبه فإن أجاز كان منه هذا ابتداء تبرع فله أن يمتنع من التسليم كسائر التبرعات بخلاف ما إذا أوصى بزيادة على الثلث أو للقاتل أو للوارث فأجازتها الورثة حيث لا يكون لهم أن يمتنعوا من التسليم لأن الوصية في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وإنما امتنع لحق الورثة فإذا أجازوا فقد أسقطوا حقهم فتنفذ من جهة الموصي على ما بيناه من قبل كذا ذكر الشارح قال رحمه الله ﴿وصح إقرار أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه في ثلث نصيبه﴾ معناه إذا اقتسم الابنان تركة أبيهما وهي ألف درهم مثلا ثم أقر أحدهما لرجل أن أباه أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما إذا أقر أحدهما بأخ ثالث لهما وهذا لأن ما أخذه المنكر كالهالك فيهلك عليهما وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في جميع التركة وهي في أيديهما فيكون مقرا له بثلث ما في يده وثلث ما في يد أخيه فيقبل إقراره في حق نفسه ولا يقبل في حق أخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث ما في يده ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده أدى إلى محظور وهو أن الابن الآخر ربما يقر به فيأخذ نصف ما في يده فيأخذ نصف التركة فيزداد نصيبه على الثلث وهو خلاف وقيده بالوصية ليحترز عن الدين فإنه بخلافه فإنه إذا أقر أحدهما بالدين على أبيهما حيث يأخذ صاحب الدين المقر له جميع ما في يد المقر حتى يستوفي دينه ولا شيء للمقر إن لم يفضل منه شيء لأن الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه فيقدم عليه ولا كذلك الوصية لأن الموصى له شريك الورثة فلا يأخذ شيئا إلا إذا سلم للوارث ضعف ذلك ولا نسلم أنه أقر له بالمساواة بل أقر له بثلث التركة وإنما حصلت المساواة باتفاق الحال ولهذا لو لم يكن له أخ فأقر له بالوصية لا يدفع إليه إلا الثلث ولو كان مقرا له بالمساواة لساواه حالة الانفراد أيضا بخلاف ما إذا أقر بأخ ثالث وكذبه أخوه حيث يكون ما في يد المقر بينهما نصفين لأنه أقر له بالمساواة فيساويه مطلقا ولهذا لو كان وحده أيضا ساواه فيكون ما أخذه المنكر هالكا عليهما اهـ كلام الشارح وهذا حيث لا بينة وأما إذا كان إقرار وبينة قال في المبسوط أقر أن فلانا أوصى لفلان بالثلث وقامت البينة لآخر يدفع له ولا يضمن الوارث شيئا لأن الشهادة حجة على الكافة والإقرار حجة قاصرة على المقر وليس بحجة في حق المشهود له فثبتت وصية المشهود له في حق المقر له ولم تثبت وصية المقر له في حق المشهود له فيكون هو أولى باستحقاق الثلث من المقر له كما لو أقر ذو اليد بالدار لرجل وأقام الآخر البينة على أنها ملكه يقضى بها للمشهود له فكذا هذا قال رحمه الله ﴿وبأمة فولدت بعد موته وخرجا من ثلثه فهما له وإلا أخذ منها ثم منه﴾ أي إذا أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من جميع الثلث فهما للموصى له لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تابع حين كان متصلا بها وعبارته صادقة بما إذا ولدت قبل القبول والقسمة فلو قال فولدت بعدهما إلى آخره لكان أولى لأنها إذا ولدت قبل القسمة والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى تقضى بها ديونه وتنفذ وصاياه دخل ولدها في الوصية فيكونان للموصى له وإن لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث وأخذ ما يخصه من الأم أولا فإن فضل شيء أخذه من الولد وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يعطى له الثلث منهما بالحصص قال الشارح وعبارة المؤلف صادقة بما إذا حدثت قبل القبول أو بعده قال في المبسوط أصله أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم الميت حتى أن الزيادة الحادثة قبل القسمة بعد موته من مال الميت حتى تقضى ديونه وتنفذ وصاياه لأن الموصى له والورثة خلفاء والوصية من جهة الميت فيعتبر بحلول ملك المالك من غيره بالبيع أو بالنكاح والزوائد الحادثة من المبيع والمهر قبل القبض حادثة على ملك المالك حتى يصير لها حصة من الثمن بالقبض لأن ما هلك يكون مبقى على ملك المالك فكذا هذا وظاهر قوله قبل القسمة أنها بعد القسمة ليست مبقاة فتكون الزوائد للموصى له ثم المسائل على قسمين أحدهما في الزيادة والثاني في النقصان والزيادة الحادثة من الموصى به كالولد والغلة والكسب والأرش بعد موت الموصي قبل قبول الموصى له الوصية يصير موصى بها حتى تعتبر من الثلث لأنها حدثت بعد انعقاد سبب الملك للموصى له في الأصل

فإذا

وما حدث بسبب الملك فيه الى وقت الموت تدخل تحت الوصية كالمبيعة اذا ولدت في مدة الخيار واختار من له الخيار البيع فتصير
الزيادة مبيعة حتى تصير لها حصة من الثمن فاما اذا حدثت قبل الموصى له قبل القسمة هل تصير موصى بها لم يذكره محمد وذكر
القدوري أنه لا تصير موصى بها حتى كانت للموصى له من جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة لان الزيادة حدثت بعد ملك الموصى له
وبعد ما تأكد ملكه لانه ملك الرقبة وتصرف فيه جميعا فصار كالزيادة الحادثة من المبيعة بعد القبض وقال مشايخنا تصير موصى
بها حتى يعتبر خروجها من الثلث لانها حدثت بعد الملك قبل تأكد الملك في الاصل لان ملكه لم يتأكد ولم يتقرر بعد لانه لو هلك
ثلث التركة وصارت الحادثة بحيث لا تخرج من ثلث ماله يكون من الحادثة بقدر ثلث الباقي فصار كالزيادة المهورة الحادثة
قبل القبض تصير مهرا حتى تسقط بالطلاق قبل الدخول وقد ملكت الرقبة والتصرف جميعا لان ملكها لم يتأكد قبل القبض
حتى لو هلك هلك على الزوج لا عليها ثم ألحق الكسب بالولد في الوصية وفي البيع لم يلحقه بالولد لان الكسب بدل المنفعة والمنفعة
تصير في الثلث بالوصية مقصودا فكذلك بدلها أيضا بخلاف البيع فلم يمكن ان يجعل الكسب مبيعا مقصودا بحكم الوارد
بالبيع لان العقد يرد عليه مقصودا لهما ان الزيادة متى حدثت قبل القبض تصير موصى بها حكما ولأبي حنيفة ان الحادث قبل
القبض صار مقصودا لكنه تبعا لا أصلا وهذا البيان أنها كانت باقية على ملك الميت ولو تصرف فيه الوارث صح قال فيها أيضا رجل
له أمة قيمتها ثلثمائة درهم ولا مال له غيرها فأوصى بها لرجل ثم مات فباعها الوارث بغير محضر من الموصى له فولدت في يد المشتري
ولدا قيمته ثلثمائة درهم ثم جاء الموصى له فلم يجز الموصى له البيع فللمشتري ثلثا الجارية وثلثا الولد وللموصى له ثلث الجارية وثلث
الولد لان الجارية مشتركة بين الورثة وبين الموصى له وبيع أحد الشريكين لا ينفذ الا في نصيبه ونفذ البيع في حصة الورثة
وهو ثلثا الجارية ولم ينفذ في حصة الموصى له وهو ثلثها فصار له ثلث الجارية والزيادة حدثت بعد نفاذ التصرف الذي حكم القسمة
والقبض فيكون ثلثا الولد بعد نفاذ البيع بعد على ملك المشتري ولا يعد من مال الميت وثلثه حدث على ملك الميت فيكون ذلك
من مال الميت فصار مال الميت يوم القسمة ثلثي الجارية قيمتها مائتا درهم ولو كانت ازدادت في بدنها فصارت قيمتها ستمائة فثلثاها
سالم للمشتري وثلثها للموصى له وثلث ثلثها للورثة لان مال الميت أربعمائة لان البيع نافذ في ثلثي الجارية فحدث ثلثا الزيادة على ملك
المشتري وبقي مال الميت قيمتها ثلاثمائة وثلث الزيادة قيمته مائة فصار مال الميت قيمته أربعمائة فيكون ثلثها للموصى له وذلك مائة
وثلاثة وثلاثون وثلث وثلثمائة من أصل الجارية وثلاثة وثلاثون من الزيادة لان قيمة ثلثي الجارية مائتان فيكون ثلثها مائة وثلاثة
وثلاثين وثلث ثلثها للورثة ستة وثلاثون وثلث ولو ان الجارية نقصت حتى صارت تساوي مائة أخذ الموصى له ثلثها ورجع على
الورثة من قيمتها بأربعة وأربعين وأربعة أتساع درهم تمام ثلث المال لان الجارية مشتركة بين المشتري والموصى له ثلثاها
للمشتري وثلثها للموصى له فما ضاع ضاع على الحصتين وما بقي بقي على الحصتين فالموصى له ثلث الجارية قيمته ثلاثة وثلاثون
وثلث لان المال وحق الموصى له يعتبر يوم القسمة وقد انتقص من قيمة الجارية ثلثاها فذهب ثلثا حقه وقيمتها في حق
الورثة تعتبر يوم البيع لانه استهلكها الوارث بالبيع فتعتبر قيمتها يوم الاستهلاك ويوم البيع كانت قيمة ثلثي الجارية مائتي
درهم فصار مال الميت مائتين وثلاثة وثلاثين وثلث فللموصى له ثلث ذلك وهو سبعة وسبعون وسبعة اتساع درهم قبل
الورثة ولم يجعل للموصى ان ينقض البيع فيما بقي من حقه لانه يؤدي الى الدور لان ما نقض فيه كأنه لم يبعه الورثة واذا هلك
شيء منه هلك من مال الميت فيحتاج الى ان ينقص وصيته عن ذلك واذا انتقصت بعد البيع بقدر ما انتقصت وصيته فاذا نقض
البيع عاد حق الموصى له واحتجت الى النقض فيؤدي الى ما لا يتناهى وسهم الدور ساقط فلم يكن حق النقض في الابتداء كيلا
يؤدي الى الدور رجل أوصى لرجل بشاة من غنمه وقد لحقت الاولاد بها بعد موته فللورثة ان يعطوه شاة بدون ولدها وان قال
شاة من غنمي سلموا معها ولدها وما حلب من لبنها وجز من صوفها ان كان قائما وما كان مستهلكا من ذلك فلا يضمنونه لان
الوصية تناولت شاة من قطيع معين فدخل زوائدها تحت الوصية ولذلك لو أوصى بنخلة ولم يقل من نخلي هذه يعطونه إياها دون ثمرتها
وان قال من نخلي هذه وقد أثمرت بعد موته فله الثمر هذا اذا أوصى بعين فلو أوصى بأحدهما فكذلك فيه أيضا ولو أوصى باحدى هاتين
الامتين فولدت احداهما أعطاه الورثة أيتهما شاؤوا ولو أعطوا التي ولدت تبعها ولدها ولو قال قد أوصيت بجارية من جواري هؤلاء
أو قال شاة من غنمي هذه فولدت في حياة الموصى فأراد الورثة بعد موته ان يعطوه من الاولاد لم يكن لهم ذلك وان أعطوه جارية أو شاة

أو غلة بعينها غرها ولا تبعها أولادها وغرتها الحادثة قبل موت الموصى لانه انما وجب له ذلك بالوصية بعد الموت و بعد الموت الايجاب لا يتناول الزوائد الحادثة قبل الموت فان هلكت الامهات الا واحدة بعد موت الموصى كان حقه في هذه الواحدة وان لم يبق شئ من الامهات دفعوا اليه الاموال قال رحمه الله ﴿ولابنه الكافر أو الرقيق في مرضه فأسلم الابن أو أعتق قبل موت الاب ثم مات بطل كالهبة واقراره﴾ أى اذا أوصى لابنه الكافر أو لابنه الرقيق في مرضه فأسلم الابن أو عتق قبل موت الاب ثم مات من ذلك المرض بطلت الوصية له كما بطل الهبة له والاقرار له بالدين أما الوصية فلان المعتبر فيها حالة الموت وهو وارث فيها فلا تجوز له والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف في موضعه وأما الاقرار فان كان الابن كافرا فلا اشكال فيه لان الاقرار وقع لمن هو وارث فكان ثابتا بعد الاقرار وهو التهمة فيمتنع لما فيه من تهمة ايثار البعض فكان كالوصية فصار كما اذا كان له ابن وأقر لاخيه في مرضه ثم مات الابن قبل أبيه وورثه أخوه المقر له فان كان الاقرار له يكون باطلا لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا أقر لامرأة في مرضه ثم تزوجها حيث لا يبطل الاقرار لها لانها صارت وارثة بسبب حادث والاقرار يلزمه بنفسه وهي أجنبية حال صدوره فيلزم لعدم المانع من ذلك ويعتبر من جميع المال بخلاف الوصية لها لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة فلهذا اتحد الحكم فيهما في الوصية وافترقا في الاقرار حتى كانت الزوجة قائمة عند الاقرار وهي غير وارثة فان كانت نصرانية أو أمة ثم أسلمت قبل موته أو أعتقت لا يصح الاقرار لها لقيام السبب حال صدوره وان كان الابن عبدا فان كان عليه دين لا يصح اقراره له لان الاقرار وقع له وهو وارث عند الموت فبطل كالوصية وان لم يكن عليه دين صح الاقرار لانه وقع للمولى اذ العبد لا يملك وقيل الهبة له جائزة لانها تمليك في الحال وهو لا يملك فيقع للمولى وهو أجنبي فيجوز بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهو وارث عنده فيمتنع وفي عامة الروايات هي في المرض كالوصية فيه لانها وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى انها تبطل بالدين المستغرق ولا تجوز بما زاد على الثلث والمكاتب كالحر لان الاقرار والهبة يقع له وهو وارث عند الموت فلا يجوز كالوصية كذا ذكر الشارح قال رحمه الله ﴿والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول ان تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال﴾ لانه اذا تقادم العهد صار من طبعه كالعمى والعرج وهذا لان المانع من التصرف مرض الموت ومرض الموت لا يكون سببا للموت غالبا وانما يكون سببا للموت اذا كان بحيث يزداد حالا فحالا الى ان يكون آخره الموت واما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سببا آخره الموت كالعمى ونحوه ولهذا لا يشتغل بالتداوي قال رحمه الله ﴿والا فمن الثلث﴾ أى ان لم يتطاول تعتبر تصرفه من الثلث اذا كان صاحب فراش ومات منه في أيامه لانه من ابتدائه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون من مرض الموت وان صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث به حتى تعتبر تبرعاته من الثلث كذا ذكر الشارح والله تعالى أعلم

﴿باب العتق في المرض والوصية بالعتق﴾

لما كان الاعتاق في المرض من أنواع الوصية وكان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل قال رحمه الله ﴿تحريره في مرضه﴾ يعني يكون وصية فان خرج من الثلث لا سعاية عليه وسيأتي حكم ذلك ان شاء الله تعالى أطلق في كونه وصية فشمل ما اذا عجل البدل أو بعضه فمات السيد أو مات العبد قبل السيد وترك مالا وما اذا أعتق على مال أولا قال في المبسوط مسائله تشتمل على فصول احداها في تعجيل المعتق بعض السعاية الى مولاه والثاني في ترك السعاية بعد موته والثالث في تعجيل بعض السعاية في حياته وترك السعاية بعد موته واذا أعتق عبدا في مرضه قيمته ثلثمائة فعجل العبد للمولى مائتي درهم فانفقها ثم مات ولا مال له غيرها يسعى في ثلثي المائة الباقية ويسلم له ثلث المائة وهو حر لان العتق في مرض الموت وصية وفي الوصايا يعتبر مال الميت يوم القسمة لا يوم الوصية والموت ومال الميت يوم القسمة مائة درهم لانه لما عجل ثلثي السعاية في حياة المولى صح التعجيل لانه عجل بعد وجود سبب الوجوب لان السعاية تجب عليه بعد الموت لكن بالسبب السابق وهو العتق وتعجيل الحكم بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الزكاة وغيرها فصار المعجل ملكا للمولى وقد أنفقها في حياته في حاجته والوصايا تنفذ مما يفضل عن حاجته الحالية والفاضل عن حاجته يوم القسمة مائة درهم وقد أوصى للعبد بجميع المائة فيكون له ثلث المائة الباقية ولو عجل قيمته كلها فانفقها لم يسع في شئ لانه أدى قيمة نفسه مرة بعد ما صار مكاتبا عند أبي حنيفة وحر عندهما فلا يلزمه أخرى كالمكاتب الحقيقي اذا أدى بدل الكتابة مرة يعتق فكذا هذا ولو عجل شيأ واكتسب العبد ألف درهم ثم مات العبد

وترك

وترك بنتا ومولاة ثم مات السيد فللمولى من الالف خمسمائة وعشرون وسعاية العبد من ذلك أربعون وميراثه أربعمائة وثمانون والباقي للبنت ولو يجعل للمولى قيمته كلها فأنفقها المولى والمسألة بحالها فللبنت من تلك الالف ستمائة ولوارث المولى أربعمائة ولو اكتسب العبد ومات عن ثلثمائة وترك بنتا وامرأة ثم مات المولى في مرضه فلورثة المولى من ذلك مائتان وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم وللبنت سبعة وخمسون درهما وسبع دراهم وللمرأة أربعة عشر درهما وسبع درهم ولو ترك بنتين وامرأة ومولاة والمسألة بحالها قسمت الثلاثمائة على سبعة وستين للمولى من ذلك ثلاثة وأربعون سعاية وخمسة ميراثا وللبنتين ستة عشر وللمرأة ثلاثة وإذا أعتق في مرضه عبدا قيمته ثلاثمائة ثم اكتسب العبد ثلاثمائة ثم مات وترك بنتا ثم مات المولى وله أيضا ثلاثمائة وصية فمن ذلك مائتان وأربعون للمولى من ذلك مائة وعشرون من ارثه وللعبد مائة وعشرون وتخريجه لابي حنيفة في المحيط ولو يجعل مائة الى المولى وأكلها ثم مات وترك ثلاثمائة وبنتا ومولاة فللمولى من ذلك مائة درهم بالسعاية ومائة بالميراث ولو أعتق عبدين في المرض قيمة كل واحد منهما ثلاثمائة لا مال له غيرهما فمات أحدهما وترك ألف درهم اكتسبها بعد العتق ولا وارث له غير المولى سعى الحي في أربعين درهما وكانت للمولى مع الالف الذي تركه الميت لان ماله ألف وثلاثمائة متروكة عن الميت وثلاثمائة قيمة الحي ولو أوصى بستمائة لما أعتق العبدين في مرضه وستمائة أكثر من ثلث ماله فاذا لم تجز الورثة يجعل ماله على ثلاثة أسهم سهم للعبدين بالوصية بينهما نصفين فانكسر فاضعف فصار ستة للمولى أربعة وللعبد سهمان وتخريجه يطلب في المحيط قال الشارح ان حكم التحرير حكم الوصية يعتبر من الثلث ويزاحم أصحاب الوصايا في الصرف لا حقيقة الوصية قال رحمه الله ﴿ومحاباته﴾ يعني في مرضه وصية تعتبر من الثلث قال في المحيط والمحاباة في المرض وصية وأطلق المحاباة فشمل ما اذا كان في نكاح أو بيع أصله أن الوصية عقد ارث صحيحة لان منافع البضع عند الدخول متقومة واذا تزوج المريض امرأة على مائة درهم ولا مال له غيرها ومهر مثلها خمسون درهما ثم ماتت المرأة ثم مات الزوج كان وصيتها ثلاثة وثلاثين درهما وثلثا وتخريجه ان مال الزوج لما حابى به وهو خمسون وما ورث منها وذلك نصف مهر مثلها خمسة وعشرون فصار مال الزوج خمسة وسبعين فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم سهم للمرأة يعود نصفه الى الزوج بالميراث فانكسر فضعف فصار ستة سهمان للمرأة يعود سهم من نصفها الى الزوج بالميراث وهذا هو السهم الدائر فيطرح من نصيب الزوج يبقى له ثلاثة وللمرأة سهمان فيصير مال الزوج في الآخرة على خمسة وسبعين خمساها للمرأة الثلث وذلك ثلاثون من خمسة وسبعين فلها ثلاثون درهما بالوصية في مائة ويرد عشرون على ورثة الزوج فصار للوصية بالمحاباة ثم يضم ثلاثون الى مهر مثلها وذلك خمسون فصار ثمانين للزوج نصفه وذلك أربعون ويبقى أربعون ثم ما أصاب الزوج من أربعين يضم الى ما أخذه بنقض الوصية وذلك عشرون فصار له ستون وقد نفذنا الوصية في ثلاثين فاستقام الثلث والثلثان وأما تخريج أبي يوسف ان مال الزوج لما حابى به وذلك خمسون فيكون لها ثلث المحاباة وذلك ستة عشر وثلثان ولا يعتبر ماله مما يرث منها لما بيناه في الباب المتقدم ثم يضم ستة عشر وثلثين الى مهر مثلها وذلك خمسون فيصير ستة وستين وثلثين للزوج نصف ذلك بالميراث وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فهذا مال استفاده الزوج بالميراث فيجعل على ثلاثة أسهم سهم للمرأة فيعود نصفه الى الزوج بالميراث فانكسر فاضعف فصار ستة للمرأة سهمان فيعود منها سهم الى الزوج فهذا هو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى له ثلاثة وللمرأة سهمان وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث على خمسة خمساه للمرأة وذلك ثلاثة عشر وثلث درهم يضم ذلك الى ستة عشر فصار ثلاثين وأما تخريج محمد ان للمرأة ثلث المحاباة وذلك ستة عشر وثلثان يضم ذلك الى مهر مثلها وذلك خمسون فصار ستة وستين وثلثا درهم فيجعل ذلك على سهمين سهم للزوج فقد مات الزوج عن سهم للمرأة ثلث ذلك بالوصية فانكسر بالثلث فاضرب سهمين في ثلاثة فصار ستة للزوج ثلاثة وللمرأة سهم فصار المال وهو ستة وستون وثلثان على خمسة خمس ذلك للمرأة وذلك ثلاثة عشر وثلث يضم الى ما أعطيناها في الابتداء وذلك ستة عشر وثلثان فصار وصيتها ثلاثين قال رحمه الله ﴿وهبته وصية﴾ يعني حكمها حكم الوصية أي اذا وهب المريض في مرضه يكون حكمه حكم الوصية أطلق في الهبة فشمل ما اذا عادت للمريض أو لم تعد وللاجنبي وللوارث قال في المنتقى وهب المريض لرجل أمة وقيمتها ثلثمائة ولا مال له غيرها فباعها الموهوب له للواهب وهو صحيح بثلثمائة درهم ولم ينقص الثمن ثم مات الواهب من مرضه والجارية تسلم لورثة الواهب ويأخذون من الموهوب له ثلاثة وثلاثين درهما وثلثا لانه حين باعها اياه كان كأنه قد استهلك الجارية وصارت قيمتها دينا عليه وهي ثلثمائة فكانت هذه الثلاثمائة زيادة في مال الميت فصار ماله ستمائة الا ان عليه دين مائة درهم فصار ماله

الذي جوز فيه وصيته خمسمائة درهم فالموهوب له اشترى ذلك بمائة وستة وستين وثلثين فيكون ذلك وصية له من قيمة الأمة بقي
عليه مائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقد كان له على الواهب مائة دينار يبقى عليه ثلاثة وثلاثون وثلث ولو وهب المريض أمة قيمتها ستمائة
درهم فباعها الموهوب له من الواهب بمائتي درهم ثم ماتا ولا مال لواحد منهما غيرها فإن الخيار به تباع ويدفع المائتين إلى ورثته
لأن الهبة قد نفذت من الثلث فيرد قيمته من الواهب في الثلث لأن بيع المريض لا يجوز إلا بمثل قيمته وقيمتها ثلثمائة درهم
فيرد ذلك القدر من ثمنها إلى تركة الموهوب له مريض وهب عبدا لرجل وعليه دين محيط بقيمته ولا مال له غيره فأعتقه الموهوب له
قبل موت المريض جاز عتقه لأنه أعتق ما يملكه وإن أعتقه بعد موته لم يجز عتقه لأنه تعلق حق الغريم به بيعا واستيفاء وصار
مستغرقا بدينه فانتقضت الهبة من الأصل وعاد إلى قديم ملكه وظهر أنه أعتق ما لا يملكه قال محمد مريض أقر لعبد رجل أنه ابنه
ثم مات قال أبو يوسف إن صدقه السيد في حياة المريض ورثه لأنه ثبت نسبه منه بتصادقهما فإن صدقه بعد موته لا يرثه لأن إقراره
قد بطل بموته وذكر الحسن بن زياد عن أبي يوسف في مريض له ابن معروف وهو عبد لرجل فأقر المريض أن المولى قد أعتق ابنه
قال إن صدقه في حياته ورثه إذا مات وإن صدقه بعد موته لم يرثه استحسانا ولو وهب أحد الزوجين لصاحبه في المرض أصله أن نعرف ثم
لمسائل الباب مقدمة وتخاريجهم لها مختلفة فأبو حنيفة اعتبر جميع مال الموصي في القسمة وطرح السهم الدائر من جملة المال
لأن الدور يقع بسبب المال المستفاد بالميراث وإنه لو لم يرث منها شيئا بأن كان عليها دين مستغرق لجميع مالها لم يقع الدور ومحمد اعتبر
القسمة في المال الموصى به وطرح السهم الدائر من المال المستفاد بالوصية لأن الدور يقع من ذلك فإنه لو لم يستفد شيئا بالوصية بأن كان
على الزوج دين مستغرق يقع الدور والصحيح ما قاله أبو حنيفة لأن الوصية للمرأة والمرأة ما ترجع من وصيتها إنما ترجع من مال الزوج
لا من مالها فكان العمل من ماله فكان طرح السهم الدائر من نصيبه أولى ثم المسائل على فصول أحدها في هبة الزوج لامرأته في
مرضه والثاني في هبته في مرضه لامرأته ووصيته لأخرى والثالث في هبة كل واحد من الزوجين لصاحبه وإذا وهب لامرأته
في مرضه مائة درهم لا مال له غيرها فماتت ومات وتركت عصبة للزوج لورثة الزوج ستون بنقض الهبة وجازت في أربعين للزوج
من ذلك عشرون بميراثه ولعصبتها عشرون لأنها لما ماتت قبل موت الزوج صارت أجنبية ولم يبق وارثه قبل موت الزوج فصحت
الهبة لها فلم تبطل الهبة لها وإن كانت الهبة المنفذة وصية والوصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي لأنها هبة حقيقة حتى
ملكها الموهوب له في الحال وصية حكما حتى تنفذ من الثلث والهبة لا تبطل بموت الموهوب له قبل موت الواهب بعدما تمت بالقبض
وباعتبار أنها وصية تنفذ من الثلث عملا بالشبهين ولا يجوز إبطالها بالشك بعد صحتها ثم تخريجه لأبي حنيفة وهو أن جميع المال للزوج
المائة الموهوبة فيجعل على ثلاثة أسهم لحاجتنا لأجل الوصية للمرأة وذلك سهم وسهمان للزوج ماتت المرأة عن سهم فيكون
ميراثا بين زوجها وعصبتها نصفين وقد انكسر بالنصف فأضعف فصار ستة فصار للزوج أربعة ولها سهمان فيعود إلى الزوج سهم
بالميراث فهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج فكان نصيبه أربعة فيبقى له ثلاث ولها سهمان فصار جميع مال الزوج على خمسة
خمسا المائة وذلك أربعون لها بالوصية وللزوج ثلاثة أخماسها ستون ثم يعود إلى الزوج نصف حصتها بالميراث فصار للزوج ثمانون
ولعصبتها عشرون وأما تخريج أبي يوسف وهو أن مال الزوج ما يرث منها إلا جميع ما وهب منها لأن هذه هبة منفذة ولهذا لا تبطل بموتها
قبل موت الزوج فيعتبر تمامها وهي في الصحة ثم مات والزوج وارثها فيعتبر مال الزوج ما ورث منها لا جميع الموهوب فكذا هنا
وقد ورث الزوج منها ستة عشر درهما وثلثي درهم لأن لها ثلث المائة ثلاثة وثلاثين وثلث فيكون للزوج نصفه وذلك ستة عشر درهما
وثلثان ثم لها خمسا ستة عشر بعد طرح السهم الدائر من الوجه الذي بينا وذلك ستة دراهم وثلثان يضم إلى ما أعطيناها في الابتداء
وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فصار لها أربعون ثم يرث الزوج منها عشرين فيصير لورثة الزوج ثمانون وأما تخريج محمد فإن لها ثلث
المائة وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فيجعل ذلك المال على سهمين لحاجتنا إلى النصف للزوج بالميراث فيكون لها ثلث ذلك السهم
بالوصية فانكسر بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك سهمان في ثلاثة فصار ستة فاطرح السهم الدائر من جميع السهام فصار خمسة
فلها خمسا ثلاثة وثلاثين وثلث وذلك ستة دراهم وثلثان فصار لها أربعون وللورثة ثمانون ولو كان لها مائة أخرى والمسألة بحالها
فإنه يرد إلى ورثة الزوج عشرون درهما لبطلان الهبة وأربعون درهما بالميراث وتخريجه أن مال الزوج مائتا درهم وخمسون درهما
وللمرأة بالوصية خمسا ذلك بعد طرح السهم الدائر وذلك مائة ثم يعود إلى الزوج نصفها بالميراث وذلك خمسون فصار للزوج مائتان

وإذ

وقد نفذنا الوصية في مائة فاستقام الثلث والثلثان ولو كان للمرأة مائتا درهم ثم سوى ذلك ولا مال للزوج سوى ما وهب والمسألة بحالها
جازت الهبة في ستين وتخريجه أن مال الزوج يوم القسمة مائة وخمسون المائة الموهوبة وخمسون ميراثا فيجعل ذلك على ثلاثة
للمرأة سهم وللزوج سهمان ثم سهم المرأة يصير ميراثا بين زوجها وعصبتها فانكسر بالنصف فضعف فصار لها سهمان ثم عاد الى
الزوج سهم بالميراث فصار في يد الزوج خمسة والسهم الخامس هو الدائر فطرحه من نصيب الزوج بقي نصيبه ثلاثة وبقي حق المرأة في
سهمين فصار مال الزوج على خمسة فلها خمساه وذلك ستون ويرد أربعون الى الزوج فصار في يد الزوج تسعون ثم يعود نصف ما صار
لها بالوصية الى الزوج وذلك ثلاثون فصار للزوج مائة وعشرون وقد نفذت الوصية في ستين فاستقام الثلث والثلثان ولو كان على
أحدهما دين قضي دينه أولا ثم ما فضل ينفذ التبرع فيه بيانه أنه وهب لامرأته في مرضه مائة لا مال له غيرها وعليها دين خمسون ثم ماتت
المرأة فعليها أداء الدين خمسين وجازت وصيتها في عشرين يعود نصفه الى الزوج بالميراث ويكون لورثة الزوج أربعون ولورثتها
عشرة لأن الوصية تنفذ من المال الفارغ عن الدين وخمسون درهما من مال الزوج مشغول بالدين فيجعل كالهالك ويعتبر ماله
الفارغ خمسون وقد أوصى بذلك كله فتنفذ الوصية من الثلث ولها خمسا خمسين بعد طرح السهم الدائر على ما بينا وذلك عشرون
ولها عشرون بالوصية ويرد ثلاثين على ورثة الزوج ثم يعود نصف ما صار لها بالوصية من الزوج بالميراث وذلك عشرة فصار له
أربعون وقد نفذنا الوصية في عشرين ولو وهب لها ثمانين درهما وكان عليها عشرة دنانير كانت وصيتها بثلاثين درهما وتخريجه
أن مال الزوج خمسة وسبعون لأن دين المرأة نصفه على الزوج لأن قدر ما يصير للمرأة بالوصية كان ملكا للزوج ويعود الى ملكه
بالميراث فصار كأنه قائم في ملكه لما عاد اليه مثله وكذا أيضا نصف الدين من ذلك المال فكان نصف الدين على الزوج معنى واعتبارا
وذلك خمسة والمشغول بالدين كالهالك في حق تنفيذ الوصية فيبقى مال الزوج خمسة وسبعين فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم سهم لها
يعود نصفه الى الزوج بالميراث فانكسر فأضعف ستة سهمان للمرأة وأربعة للزوج ثم يعود سهم من سهمي المرأة الى الزوج بالميراث
فيصير له خمسة والسهم الخامس هو السهم الدائر فاطرح من نصيب الزوج فصار ماله على خمسة أسهم خمساه للمرأة وذلك ثلاثون
يقضي من ذلك دينها عشرة بقي عشرون فارغا عن الدين والوصية فيعود نصف ذلك الى الزوج بالميراث وذلك عشرة فصار لها
ستون ولو وهب لها مائة وعليها عشرة دراهم والمسألة بحالها فلها ثمانون وثلثان بالوصية وتخريجه على ما ذكرنا ولو وهب لها مائة
درهم وأوصى لرجل بثلث ماله قسمت المائة على أحد عشر سهما سهمان للمرأة وسهمان للموصى له وسبعة لورثة الزوج في قول
أبي حنيفة ثم يرث الزوج من سهميها فيكون لورثته ثمانية أسهم وعلى قولهما تقسم على أحد وعشرين لها ستة وللموصى له
سهمان ثم يرجع منها ثلاثة الى الزوج بالارث وتخريجه لأبي حنيفة وهو أنه اجتمع في مال الزوج وصيتان وصية للمرأة ووصية للآخر
بالثلث ولم تجز الورثة فيجعل ثلث المال بينهما نصفين لأن وصية الموصى له بأكثر من الثلث لا تضرب الا بالثلث فصار كأنه أوصى
لكل واحد منهما بالثلث فيقسم على طريق العول لا على سبيل المنازعة لأن هذه الوصية تشبه الميراث لأن حق كل واحد منهما
شائع في كل التركة فاجعل ثلث المال على سهمين فاحتاج لك الى النصف فصار حقه في ستة فبقي حق الموصى لهما في أربعة كما كان
فصار مال الزوج في الآخرة على أحد عشر ثم يعود سهم من سهام المرأة الى الزوج بالميراث فيصير لورثة الزوج ثمانية وقد نفذنا الوصية
في أربعة وبقي لعصبة المرأة سهم وللموصى له بالثلث سهمان وأما تخريجهما أن من أصلهما أن الموصى له بالجميع يضرب في الثلث
بجميع حقه والموصى له بالثلث يضرب بالثلث فتضرب المرأة بثلاثة أسهم وللآخر بسهم فصار الثلث على أربعة وصار الجميع على
اثني عشر لورثة الزوج ثمانية وللموصى لهما أربعة للمرأة من ذلك ستة وللآخر سهمان فقد ماتت المرأة عن ستة فيعود نصفها
الى الزوج بالميراث وهو ثلاثة وهذا نصف وهذا مال استفاده الزوج لم تنفذ فيه الوصية فيصير بين الموصى لهما وبين ورثة الزوج فهي السهام
الدائرة فاطرحها من نصيب الزوج ونصيبه ستة عشر بقي له ثلاثة عشر وللموصى له ثمانية فقد صار المال في الآخرة على أحد
وعشرين للمرأة ستة يعود نصفها الى الزوج بالميراث فصار له ستة عشر بقي للمرأة ثلاثة وللآخر سهم لأن عند محمد يطرح السهام
الدائرة من جميع المال بقي أحد وعشرون فتقسم على نحو ما ذكرنا ولو كانت هي التي أوصت بثلث مالها ولم يوص الزوج جازت
الوصية في ثلاثة أسهم من ثمانية أسهم سهم من ذلك للموصى له وسهم يعود الى الزوج بميراثه منها وسهم لورثتها وتخريجه أن تجعل
المال على ثلاثة أسهم سهم للمرأة بالوصية وقد انكسر هذا السهم بين ورثتها والموصى له على ثلاثة فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة

ثلاثة بين الموصى له والزوج والعصبة على ثلاثة مستقيم لكل واحد سهم فقد عاد الى الزوج سهم بالميراث وهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى للزوج خمسة وللمرأة ثلاثة فصار مال الزوج ثمانية ثم نعود سهم مما صار لها الى الزوج بالميراث فيصير لورثته الزوج ستة وقد نفذت الوصية في ثلاثة ولو تركت ابنا أو زوجا ولم يوص الابطال الهبة فالهبة في أربعة أسهم من أحد عشر سهما وتخريجه أن نجعل مال الزوج وذلك مائة على ثلاثة أسهم للمرأة لانه انكسر على ورثتها بالربع فاضرب ثلاثة في أربعة فصار اثنى عشر صار للمرأة أربعة وقد استقامت بين ورثتها فيعود سهم الى الزوج بالميراث فهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى له سبعة وبقي حقها في أربعة فصار مال الزوج على أحد عشر فيعود سهم الى الزوج بالميراث منها فصار له ثمانية وقد نفذ بالوصية في أربعة فصار مال الزوج على أحد عشر امرأة وهبت لزوجها في مرضها مائة درهم ووهب لها في مرضه مائة درهم ولا مال لهما غيرهما ثم ماتا معا لم يرث أحدهما من صاحبه ويجوز كل واحد منهما نصف الهبة لانهما لما ماتا معا لم يبق كل واحد وارثا لصاحبه لانه ميت وقت موت صاحبه فجازت الهبتان في النصف وتخريجه ان مال الزوج يوم القسمة مائة وثلاثة والاثنون قال رحمه الله ﴿ولم تسع ان أجيز﴾ أي اذا أجازت الورثة العتق في المرض فلا سعاية على المعتق لان العتق في المرض وصية على ما بيناه وهو يجوز باجازة الورثة ولا يلزمه شيء لان المنع لحقهم فيسقط بالاجازة على ما بيناه هذا اذا لم يخرج من الثلث قال رحمه الله ﴿فان حابا فحرر فهي أحق وبعكسه استويا﴾ أي اذا حابى ثم أعتق فالمحاباة أولى فان أعتق ثم حابى فهما سواء وهو المراد بقوله وبعكسه استويا وأطلق في المحاباة فتشمل الدراهم والدنانير والاجل والبيع والاقالة وهذا عند أبي حنيفة وقالا هما سواء في المسئلتين والاصل فيهما أن الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فلكل واحد من أصحاب الوصايا أن يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح سواء كان مطلقا أو مقيدا والمحاباة في المرض بخلاف ما اذا قال اذا مت فهو حر بعد موتي بيوم والمعنى فيه ان كل ما يكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة الى التقييد فهو في المعنى أسبق مما يحتاج الى تقييد بعد الموت والترجيح يقع بالسبق لان ما ينفذ بعد الموت من غير تقييد ينزل منزلة الديون فان صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه اذا ظفر بجنس حقه وفي هذه الاشياء ينفذ مستوفيا بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فكذا الحق الذي في معناه وغيرها من الوصايا قد تساوت في السبب والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فاذا ثبت هذا فهما يقولان أن العتق أقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر بالتقدم في الذكر لانه لا يوجب التقدم الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق على ما يجيء بيانه ان شاء الله تعالى وأبو حنيفة يقول ان المحاباة أقوى لانها ثبتت في ضمن عقد المعارضة فكان تبرعا بمعناها لا بصيغتها حتى يأخذه الشفيع وتملكه العبد والصبي المأذون لهما والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة أولا دفعت الاضعف واذا وجد العتق أولا ثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال أبو حنيفة اذا حابى ثم أعتق ثم حابى يقسم الثلث بين المحاباتين نصفين ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الاول وبين المحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني ولا يقال ان أصحاب المحاباة تسترد ما أصاب العتق الذي بعد في المسئلتين لكونه أولى منه لانا نقول لا يمكن ذلك لانه لا يلزم منه الدور بيانه ان صاحب المحاباة الاول في المسئلة الاولى لو استرد من العتق لكونه أولى لاسترد منه صاحب المحاباة الثاني لاستوائهما ثم استرد العتق لانه يساوي صاحب المحاباة الثاني وفي المسئلة الثانية لو استرد صاحب المحاباة وهكذا الى ما لا يتناهى والسبيل في الدور قطعه وعندهما العتق أولى من الكل وفي المحيط اذا أسلم الرجل في مرضه مائة درهم في عشرة أكرار حنطة تساوي مائة درهم ثم مات قبل حلوله فان شاء الذي عليه السلم يعجل ثلثي الطعام وكان الثلث عليه الى أجله وان شاء رد عليهم رأس المال لان المريض حابى بالاجل لانه اشترى بمائة طعاما يساوي مائة وأجله في جميع ماله وتأجيل المال بمعنى الوصية بجميع المال لان الوارث يصير ممنوعا عن جميع المال الى الاجل متى صحت الوصية بجميعه وان أبوا فالوصية تصح بقدر الثلث فيصح التأجيل بقدر الثلث ويبطل في الثلثين فاذا بطل الاجل في الثلث يخير المسلم اليه لانه لزمه زيادة شيء لم يرض به لان المسلم اليه انما رضي أن يكون جميع الطعام عليه مؤجلا فاذا لزمه تعجيل ثلثي الطعام والمعجل خير من المؤجل فقد لزمه زيادة شيء لم يرض به فيخير ولو كان الطعام يساوي خمسين فان شاء عجل الطعام كله ورد سدس المال وان شاء فسخ ورد كل المال لانه حابى بالثمن وبالاجل وقد تقدم اعتبار المحاباتين جميعا لانه يتسع ثلثا

المال عليهما نصفين لانه لو حابى بالثمن لا غير كان لصاحب المحاباة ثلث المائة وكذلك لو حابى بالأجل كان له ثلث الطعام إلى أجله فإذا صار نصف المال للمحاباة كان بالثمن نصف ثلث الطعام إلى أجله وإذا صار الثلث للمحاباتين جميعا في اختيار المسلم إليه المضي في السلم وأنه يرد ثلث رأس المال إلى رب السلم حتى يقسم ثلث المال على المحاباتين جميعا بنقض السلم في الثلث فإذا حل الأجل وأدى المسلم إليه سدس الطعام يسترد منه نصف الثلث من رأس المال لأنه بحلول الأجل ذهب بالمحاباة في الأجل وبقيت المحاباة في الثمن ومتى استرد نصف الثلث تنقض الإقالة في السلم بعد استقرارها في رأس المال وأنه لا يجوز وبهذه الضرورة تعذر اعتبار المحاباة بالأجل مع المحاباة بالثمن فكان إلغاء المحاباة بالأجل أولى لأنه تبع وإذا ألغيت المحاباة بالأجل صار كأنه حابى بالثمن لا غير فيجبر وإذا أسلم المريض عشرة دراهم في كر يساوي عشرين ثم أقاله ثم مات جازت الإقالة في ثلثي الكر ويقال للمسلم إليه أد ثلث الكر ورد عليهم ثلثي رأس المال لأن المحاباة في مرض الموت وصية والوصية معتبرة في الثلث ولو أسلم عشرة دراهم في كر يساوي ثلاثين درهما وقد حابى بعشرين والعشرة من عشرين قدر نصفه ولو أخذ منه رأس المال وأنفقه جازت الإقالة في ثلث الكر وبطلت في ثلثيه ويقال للمسلم إليه أد إلى الورثة ثلثي الكر وارجع عليهم بثلثي العشرة لأن ثلث ماله مثل ثلث المحاباة لأن ماله يوم القسمة ستة دراهم وثلثين ٧ وحاباه بعشرين فيكون ثلث ماله مثل ثلث المحاباة فتجوز الإقالة في ثلثي الكر وبطلت في ثلثه ورد المسلم إليه إلى الورثة ثلثي الكر وقيمته عشرون إلا أن على رب السلم ستة دراهم وثلثين دينا لأنه قبض عشرة دراهم من المسلم إليه رأس المال ثلثه بحق جواز في ثلثي الكر وثلثه بغير حق لبطلان الإقالة في ثلثي الكر وقد استهلكها فصار ذلك دينا عليه والإقالة قبل قبض السلم وبعده سواء عندهما وعند أبي حنيفة هو بعد القبض ابتداء بيع لما عرف أن الإقالة فسخ عندهما وعنده بيع جديد وإذا اشترى في مرضه عبدا قيمته مائة بخمسين درهما فلم يتقابضا حتى تقايلا البيع فللبائع الخيار إن شاء رد العبد وأخذ ثمنه وبطلت الإقالة وإن شاء سلم ثلث العبد وأخذ منهم ثلث الخمسين لأن ثلث المال مثل ثلث المحاباة لأن ثلث مال المشتري ثلاثة وثلاثون وثلث لأن ماله عند قسمته مائة وقد حابى بخمسين فتجوز الإقالة في ثلثي العبد ولا تجوز في ثلثه ثم يتخير بين فسخ الإقالة وبين أن يجيزها ولم يجز في السلم لأن الإقالة في البيع تحتمل الفسخ ما دام المعقود عليه قائما وفي السلم لا تحتمل الفسخ لأنه لا يمكن أن يجعل بيعا مستقلا لأن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز ولو أسلم عشرين درهما في كر يساوي عشرة في مرضه وله على الناس ديون ولم يخرج حتى أبطل القاضي السلم أو أعطى الكل ورد سدس رأس المال ثم خرج الدين جاز ذلك ولم يرد على المسلم إليه شيء إلا أن يخرج الدين قبل أن يختصموا فإن خرج مقدار ما يخرج المحاباة من الثلث سلم له المحاباة لأن المحاباة عشرة لأن ماله العين عشرون درهما والدين لا يعد مال الميت ما لم يقبض لأنه قد لا يخرج فيكون ثلث ماله ستة دراهم وثلثان فتصح المحاباة بقدره ويتخير بين الفسخ والمضي لأن السلم يحتمل الفسخ وقد تعين على المسلم إليه شرط عقده فيتخير فإذا أبى المسلم إليه الفسخ ونقض القاضي السلم فإنه لا ينتقض النقض بعد ذلك فإن زال السبب المقتضي للنقض وهو عدم خروج المحاباة من ثلث ماله لأن القضاء بالنقض لا يحتمل البطلان كما لو قضى بفسخ البيع بسبب العيب ثم زال العيب لا يعود البيع وإن زال المقتضي للفسخ وهو العيب فكذا هذا وإن خرج من الدين قبل النقض مقدار ما يخرج المحاباة من الثلث سلم له المحاباة لأن الدين بالقبض صار عينا فيعتبر ماله يوم القسمة وإذا أسلم إلى مريض عشرة دراهم في كر يساوي أربعين فقبض رأس المال ثم مات ولا مال له غير الكر فرب السلم بالخيار إن شاء نقض السلم ورجع على الورثة بدراهمه وإن شاء أخذ الكر وأعطى عشرين درهما لأنه تغير عليه شرط عقده فإن رضي أن يسلم له جميع الكر بعشرة دراهم والآن لا يسلم له الجميع بعشرة وعقده مما لا يحتمل الفسخ فيتخير فإن مضى في السلم أخذ جميع الكر ورد عشرين لأن المسلم إليه حاباه بقدر ثلاثين فإنه باع ما يساوي أربعين بعشرة والمحاباة أكثر من ثلث ماله فتنفذ الوصية من الثلث وجميع ماله بعد الدين ثلاثون لأن عشرة من الكر مشغول بالعشرة التي استهلكها المسلم إليه فالمشغول بالدين لا يعد مال الميت لأن الدين مقدم على الوصية والفارغ من الدين قدر ثلاثين فيكون له عشرة بالوصية ويرد عشرين على الورثة كذا ذكره الحاكم في مختصره وذكر الفقيه أبو بكر البلخي في زيادته أنه متى اختار المضي يأخذ نصف الكر ويترك النصف لأنه يكون لرب السلم نصف الكر قيمته عشرون عشرة منها بعوض ما قبض وهو رأس المال وعشرة بغير عوض المحاباة وهو ثلث مال الميت والصحيح ما ذكره الحاكم لأن في هذا تبعيضا على ورثة المسلم إليه بغير رضاهم وهذا لا يجوز كما في العبد والثوب الواحد فإن كان على الميت دين محيط بتركته لم تجز المحاباة في التركة لأن المحاباة في المرض

وصية والوصية تنفذ من ثلث المال الفارغ عن الدين ولم يوجد ولو أسلم إلى مريض عشرة في كر قيمته مائة وقبض رأس المال وأنفقه ومات وقد أوصى بثلث ماله فإن شاء رب السلم نقض السلم وأخذ دراهمه ويجوز للآخر وصيته وإن شاء أخذ الكر وأعطى الورثة ستين درهما ولا شيء لصاحب الوصية في قول أبي حنيفة وعندهما يتحاصان في الثلث يضرب فيه رب السلم بتسعين وصاحب الوصية بثلاثين وهو ثلث المال فيكون الثلث بينهما على أربعة فيأخذ رب السلم الكر ويؤدي سبعة وستين درهما ونصفا تسعة ربع الثلث لصاحب الوصية وتخريجه أن عند أبي حنيفة المحاباة أولى من الوصية ومال الميت قيمته مائة إلا أن عشرة منها مشغولة بالدين فبقي ماله تسعون وثلثه ثلاثون والمحاباة بجميع ماله وذلك تسعون والوصية الأخرى بالثلث وذلك ثلاثون فيقسم الثلث على سبيل العول عندهما على أربعة ثلاثة أرباعه لصاحب المحاباة وذلك ثلاثة وعشرون ونصف وربعه للموصى له الآخر وإذا كان للمريض على رجلين كر حنطة يساوي ثلاثين ورأس ماله عشرة وأقالهما ومات وأحدهما غائب قيل للحاضر رد ثلاثة أعشار نصف رأس المال وذلك درهم ونصف وأد تسعة أعشار نصف الكر وذلك يساوي عشرة ونصفا فإذا قدم الغائب جازت الإقالة في نصف الكر فيؤدي القادم نصف رأس المال حصته درهم ونصف وربع الكر قيمته سبعة دراهم ونصف ويرد الورثة على الحاضر الطعام الذي أخذوه منه بثلثه من عشرة ونصف ويأخذون منه درهما من رأس المال والثلث على سهمين والجميع على ستة لأنه يطرح نصيبه لأنه مستوفى وصيته في خمسة خمس للحاضر وأربعة للورثة فيكون للحاضر خمس ما عليه وعليه نصف كر قيمته خمسة عشر وخمس خمسة ثلاثة دراهم فيكون له ثلاثة دراهم ثلاثة أعشار ثلث ماله فصحت الإقالة بقدر ثلاثة أعشار ثلث ماله فصحت الإقالة بقدر ثلاثة أعشار نصف الكر وذلك أربعة ونصف ويطلب في سبعة أعشار نصف الكر فيرد ذلك وقيمته عشرة ونصف إلا أن درهما ونصفا العوض ما أدى من درهم من رأس المال وثلاثة محاباة وإذا ظهرت وصية الحاضر ثلاثة دراهم ظهر أن وصية الغائب مثل ذلك وقد نفذنا الوصية في ستة وأعطينا الورثة ضعفها اثني عشر فقد استقام الثلث والثلثان وإذا حضر الغائب وقد صحت الإقالة في نصف الكر رجل اشترى أبويه وأخاه في مرضه بثلاثة آلاف درهم وقيمتهم سواء في قياس قول أبي حنيفة تجوز الوصية بالعتق للأم والأخ والثلث بينهما وللأب ما بقي وتسعى الأم في نصف قيمتها والأخ في نصف قيمته وقال محمد الوصية كلها للأخ جائزة لأنه لا يرث بأن يعتق مع الأبوين ولا وصية للأم ولها الميراث مع الأب وتسعى فيما زاد على حصتها قال رحمه الله ﴿وإن أوصى أن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم ينفذ﴾ بخلاف الحج وهذا قول أبي حنيفة في العتق وقالا يعتق عنه بما بقي لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن قياسا على الوصية بالحج وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن تشترى بأقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لأنها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع إليه الباقي وقيل هذا الخلاف مبني على الخلاف في العتق هل هو حق الله تعالى أو حق العبد وقيد بالمائة لأنه لو ذكر الثلث وقال وهو ألف فظهر أنه أقل فالوصية باطلة ولو أوصى بأن يشترى بثلث ماله وهو ألف عبد ايعتق عنه فإذا هو أقل من ذلك فالوصية باطلة في هذا قول أبي حنيفة وقيل قول الكل والفرق أن الوصية لما وقع الشك في صحتها فلا تصح بالشك ولا كذلك مسئلة الكتاب لأنها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك هذا إذا أوصى له بالعتق فقط فلو أوصى له بالعتق وبالمال قال في العتابية سئل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجل فقال إذا بلغ ولدي فأعتق عبدي هذا وأعطه مائتي درهم والعبد مفسد وهو في نفسه مرضي العبدان يعتق في الحال ولا يطلب صلته قال لا يجوز عتق الوصي قبل الوقت الذي أمر به الموصي وسئل أبو بكر عمن أوصى بعتق عبديه وأوصى لهم بصلة وللعبيد متاع وكسوة كساهم صاحبهم ومتاع وهبه لهم من غير المولى قال لا يكون للعبيد من المتاع إلا ما يواري جسدهم وفي المنتقى إذا قال في مرضه الذي مات فيه إن مت من مرضي هذا ففلانة حرة وما كان في يدها من شيء فهو عليها صدقة قال أرى ذلك جائزا على وجه الصدقة ولها ما كان في يدها يوم مات وعليها البينة أن هذا كان في يدها يوم مات وفي فتاوى الفضلي أوصى بعتق أمة وأن يعطى لها بعد العتق من ثلث ماله كذا قال إن كانت الأمة معينة جازت لها الوصية بالعتق وبالمال جميعا وإن كانت بغير عينها جازت الوصية بالعتق ولا تجوز الوصية بالمال إلا أن يقول جعلت ذلك مفوضا إلى الوصي إن أحب أعطى التي أعتقها فيكون ذلك وصية جائزة كقوله ضع ثلث مالي حيث شئت ألا ترى أنه لو أوصى أن تباع أمته ممن أحب جاز ويجبر الوارث على أن يبيعها ممن أحبت وإن أبى ذلك الرجل أن يشتريها بقيمتها حط عن قيمتها مقدار ثلث

ما للموصى أوصى أن يشترى عبدا في بلد كذا بمائة ويعتق يعتبر بلد الموصى لا بلد العبد وفي الجامع إذا أوصى بثلثه يشترى منه كل سنة
بمائتي درهم عبدا فيعتق أو قال من ثلثي فإنه يشترى بذلك في أول السنة ويعتق عنه ولا يوزع على المدة عددا إذا لم يعينه فإن كان معينا
قال في الأصل وإذا أوصى أن يعتق عنه جارية بعينها وهي تخرج من الثلث أو أوصى أن يشترى له نسمة بعينها وتعتق عنه فاشتريت
لم توجد عليها جناية قبل العتق فإن الأرش للورثة وإن اشترى به ما لا يمكن إعتاقه يكون صارفا وصية الميت إلى غير ما أوصى وهذا
لا يجوز وكذلك لو كان الأرش عبدا أمة وعاقبها فلو أعتق فإنه لا يعتق وكان ما اكتسب من مال فهو للورثة قال رحمه الله ﴿ويعتق
عبده فمات فجنى ودفع بطلت﴾ أي إذا أوصى بعتق عبده فمات المولى فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت الوصية لأن الدفع قد صح
لأن حق ولي الجناية يقدم على حق الموصى وكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لأنه يتلقى الملك من جهة الموصى وملك
الموصى باق إلى أن يدفع وبه يزول ملكه فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصى أو وارثه بعد موته بالدين هذا إذا
قتل خطأ ولو قتل عمدا إشارة بقتل مولاه عمدا وله ابن يقتل عنده قال في المبسوط أصلها أن الدم متى انقلب مالا فإنه يعتبر ذلك من مال
الميت حتى تنفذ منه وصيته ويقضى دينه لأن ذلك بدل نفسه بعد وفاته كما لو كان القتل خطأ والدم متى كان مشتركا بين اثنين فعفا
أحدهما يعتبر مال الميت خمسة آلاف حصة غير العافي ولا يحمل لأن العافي أبطل القصاص وإنه ليس بمال ولا يمكنا أن نجعله
مستوفيا المال وهذا يوجد القصاص إذا رجع والمال بحصة ولو قسم التركة بعد تنفيذ الوصية على السهام التي كانت تنقسم قبل الوصية
حتى يكون ضرر نقصان الوصية عائدا على الكل بقدر حصصهم لأن حقوقهم في التركة على السواء فما يلحقهم من الضرر بسبب
تنفيذ الوصية يجب أن يكون على الكل لأن الاستحقاق بالوصية بمنزلة الهلاك وهلاك بعض التركة يكون على الكل وكذا
الاستحقاق فإذا أعتق عبدا قيمته ألف في مرضه ثم قتله عمدا وله وليان فعفا أحدهما أخذ غير العافي نصف الدية فقاسمه أخاه
على اثني عشر سهما للعافي وعتق العبد بلا سعاية لأن جميع مال الميت ستة آلاف خمسة آلاف بعد الوصية بالعتق فيقسم بينهما
على اثني عشر سهما لأن الباقي بعد الوصية يقسم على السهام التي كانت قبل الوصية ومع الوصية كان يقسم مال الميت بين
الاثنين على اثني عشر لأن حق العافي في نصف العبد خمسة وحق الساكت في خمسة آلاف وخمسمائة وإن كانت قيمة العبد
ثلاثة آلاف سعى في ثلثمائة وثلاثة وثلاثين فيقسم ذلك مع نصف الدية بين الاثنين على ستة عشر للعافي ثلاثة أسهم والباقي للساكت
لأن مال الميت ثمانية آلاف وثلاثة آلاف قيمة العبد وثلثه ألفان وستمائة وستة وستون وثلثا درهم فيعتق منه هذا القدر
بغير سعاية ويسعى في الباقي وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فبقي مال الميت خمسة آلاف وثلاثمائة وثلاثين فيقسم بين
الاثنين على ستة عشر لأن حق العافي في نصف العبد وذلك ألف وخمسمائة وحق الساكت ثلاثة عشر سهما ولو لم يكن في المال
وصية يقسم المال على هذه السهام فكذلك بعد الوصية وإن مات العبد قبل أن يسعى فللعافي سدس نصف الدية والباقي للآخر
لأن الباقي من المال بعد الوصية وهلاك بعض التركة يقسم بين الورثة على السهام التي كانت تقسم قبل الوصية والهلاك ولو
لم يكن في المال وصية يقسم مال الميت بين الاثنين على ستة أسهم لأن حق العافي في نصف العبد وذلك ألف ومائتان وخمسون
وحق الساكت في العبد كذلك وفي نصف الدية خمسة آلاف فيكون حقه في ستة آلاف ومائتين وخمسين فاجعل
كل ألف ومائتين وخمسين سهما فيصير حق العافي في سهم وحق الساكت في خمسة فيكون كله ستة أسهم فيقسم بعد الوصية
والهلاك على هذه السهام فيكون للعافي سهم من ستة وذلك سدس نصف الدية ولو كان على المقتول دين ألف قضى الدين من
نصف الدية ثم اقتسما الباقي على سبعة أسهم سهم للعافي لأن العبد صار مستوفيا نصفه قدر ألفي درهم لأنا جعلنا الباقي من مال الميت
بعد الدين وذلك أربعة آلاف درهم ثلث مال الميت يزيد عليه مثل نصفه وذلك ألفان فقد صار العبد مستوفيا من وصيته قدر ألفين
فصار كأن الميت ترك خمسة آلاف درهم وقيمته ألفان فيكون كله سبعة آلاف فذهب بالدين ألفان وبالوصية ألف بقي من
المال أربعة آلاف فيقسم ذلك بين الاثنين على سبعة أسهم لأن قبل الوصية والدين حق العافي في نصف العبد قيمته ألف درهم
وحق الساكت في نصف العبد ألف وخمسة آلاف نصف الدية فاجعل ألفا سهما فصار حق العافي في سهم وحق الساكت في ستة
أسهم وكذلك بعد الوصية والدين يقسم على هذه السهام ولو كان لعبدان قيمة كل واحد ألفان والمسألة بحالها سعى كل واحد
في خمسمائة يضم ذلك إلى نصف الدية يقسم بينهما على تسعة للعافي سهمان لأن جميع مال الميت تسعة آلاف خمسة نصف الدية

وأربعة قيمة العبدين وقد أوصى بأربعة آلاف وثلث ماله ثلاثة آلاف فيكون بين العبدين نصفين لاستوائهما وصيتهما فأصاب كل عبد
ألف وخمسمائة وذلك ثلاثة أرباعه فيعتق من كل واحد ويسعى في أربعة فيضم ألف السعاية إلى خمسة آلاف نصف الدية فيصير ستة
آلاف ثم هما على سبعة لأن حق العافي في نصف العبدين وذلك ألفان وحق الساكت كذلك وله أيضا نصف الدية
فيكون نصيبه سبعة آلاف فيكون تسعة أسهم فيقسم ستة آلاف على تسعة أسهم للعافي من ذلك سهمان وذلك ألف وثلاثمائة
وثلاثة وثلاثون وثلث والباقي للساكت فإن مات أحد العبدين قبل أن يؤدي شيئا سعى الباقي في سعايته إلى نصف الدية ويقسم بين
الورثة على اثنين وأربعين سهما ثمانية ونصف من مال العافي والباقي للساكت لأن الميت صار مستوفيا وصيته وذلك سهم من ستة
لأن الثلث كان بينهما نصفين على سهمين بقي خمسة أسهم سهم من ذلك العبد الحي وأربعة أسهم للورثة وجميع مال الميت سبعة
آلاف نصف الدية وألفان قيمة العبد الحي فيكون للعبد الحي خمس سبعة آلاف ألف وأربعمائة فقد
صار مستوفيا من وصيته ذلك القدر ويسعى من سعايته إلى تمام قيمته فيظهر أن الميت صار مستوفيا من وصيته ذلك القدر أيضا
لأن حقهما سواء فصار مال الميت ثمانية آلاف وأربعمائة خمسة آلاف نصف الدية وألفان قيمة العبد الحي وألف وأربعمائة
قيمة العبد الميت وما زاد على ذلك صار مستوفيا من وصيته هذا القدر أيضا لأن حقهما صار ساويا فلا يحتسب من مال الميت
وقد نفذنا الوصية في ألفين وثمانمائة بقي للورثة خمسة آلاف وستمائة ضعف ما نفذنا الوصية فيه فيقسم ذلك بين الاثنين على أربعة
وثمانين من غير كسر لأن قيمة الحي ألفان وجميع مال الميت ثمانية آلاف وأربعمائة فاجعل لكل مائة سهما فصار أربعة
وثمانين سهما سبعة عشر للعافي لأن حقه في ألف وسبعمائة والباقي للساكت ولو كان للميت ألف عينا ومات أحد العبدين
سعى العبد الحي في أربعمائة ويقسم بين الاثنين على ثمانية وأربعين فنقول قيمة العبد ثلاثة آلاف وستمائة وألف قائمة بين
الاثنين نصفين لكل واحد ألفان وثلثمائة وقد كان للساكت نصف خمسة آلاف فصار نصيبه سبعة آلاف وثلاثمائة فاجعل
كل مائة سهما فيصير كل ألف عشرة أسهم فيصير نصيب العافي ثلاثة وعشرين ونصيب الساكت ثلاثة وسبعين فصار مال
الميت مقسوما بينهما على ستة وسبعين وإذا أوصى لرجل بعبد بعينه يساوي أربعة آلاف درهم لا مال له غيره ثم قتل رجلا
عمدا وله ابنان فعفا أحدهما كان للموصى له ثلاثة أرباع العبد ويرد ربعه ويضم إلى نصف الدية الذي يؤخذ من القاتل
فيقتسمانه على أربعة وخمسين للعافي من ذلك اثنا عشر يأخذ منها أربعة ونصف من العبد والباقي من نصف الدية وتخريجه أن مال
الميت كله تسعة آلاف خمسة آلاف دية وقيمة العبد أربعة آلاف وقد أوصى بأربعة آلاف والموصى له بأكثر من الثلث
إذا لم تجز الورثة لا يضرب إلا بقدر الثلث فيكون للموصى له ثلث ماله ثلاثة آلاف وذلك ثلاثة أرباع العبد ويرد ربعه إلى الورثة
فيحصل للورثة ستة آلاف فيقسم ذلك بينهما على تسعة أسهم لأن العبد كان بينهما نصفين لكل واحد منهما ألفان
وللساكت خمسة آلاف نصف الدية فاجعل كل ألف سهمين فصار حق الساكت في سبعة وحق العافي في سهمين وستة آلاف على
تسعة لا تستقيم فيضرب ستة في تسعة فصار أربعة وخمسين كان للعافي سهمان ضربناهما في ستة فصار له اثنا عشر وللساكت سبعة
ضربناها في ستة فصار اثنين وأربعين ثم العافي يأخذ أربعة ونصفا من العبد الباقي في الدية لأن العبد مع الدية جنسان مختلفان
فيختلف المقصود بخلاف السعاية مع الدية لأن السعاية من جنس الدية دراهم أو دنانير فلم يختلف المقصود فلهذا لم يتبين حق كل
واحد منهما في السعاية والمرض قال رحمه الله ﴿وإن فدى لا﴾ أي لا تبطل الوصية إن فداه الورثة وكان الفداء في أموالهم لأنهم
هم الذين التزموه وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية فصار كأنه لم يجن وهذا إذا كانا خطأ أو ولي الجناية واحدا ولو كان له وليان
والقتل عمدا فعفا أحدهما واختارا أخذ العبد قال في المبسوط فلو عفا عنه ولي المقتول في العمد وهو عبد قيمته عشرة آلاف وأوصى
لرجل بثلث ماله فاختار مولى الجناية أخذ العبد كان له سدس العبد وسدسه للموصى له بالثلث وأربعة أسداسه للورثة عند أبي حنيفة
وإن اختار الفداء فدى بخمسة أسداس الدية وأخذ صاحب الثلث سدس الدية من الورثة لأن عنده الموصى له بالثلث يساوي الموصى
له بالجميع لأن الموصى له بما فوق الثلث لا يضرب بالزيادة فصار الثلث على سهمين وصار الجميع على ستة فولي يملك سدس العبد ويدفع
خمسة أسداس إلى الورثة ثم الموصى له بالثلث يأخذ جميع ما بقي من الثلث من يد الورثة وذلك سدس الكل وبقي للورثة سدس
العبد وفي كانت الدية والقسمة سواء لا يختلف الجواب بين الدفع والفداء وإن كانت قيمته ألف درهم فحكم الدفع كذلك وإن فداه

فدى فله بثلث الدية يأخذ الموصى له من ذلك ثلثي ألف من ثلث الدية والباقي للورثة وعلى قولهما ان مولى العبد يضرب في الثلث
بجميع العبد وصاحب الثلث يضرب بالثلث فيقسم ثلث المال على أربعة لمولى العبد ثلاثة أرباع الثلث ويدفع الباقي الى الورثة
فيأخذ صاحب الثلثين من الورثة ربع الثلث فيجري الجواب على قولهما على مقتضى هذا ولو كانت قيمته خمسة آلاف
فحكم الدفع لا يختلف فان فداه فدى بخمسة أسباعه بخمسة أسباع الدية سهم من ذلك لصاحب الثلث وأربعة للورثة وتخريجه
في المحيط ولو قتل خطأ وللمقتول وليان قال ولو دفع العبد بالجناية لاحد الوليين ثم مات العبد قال في المبسوط ولو قتل عبد لرجل
رجلا خطأ وله وليان فدفع نصفه لأحدهما والآخر غائب ثم مات العبد ولا مال له غيره فان الولي الغائب يرجع على القابض بربع
قيمة العبد لان نصف العبد الجاني مات وأخلف بدلا لان النصف الذي قبضه الحاضر مضمون عليه وان قبضه للاستيفاء فصار
ضمان فقد فات نصف المقبوض عن خلف وهو القيمة وفات النصف الذي غير مقبوض بلا خلف لان العبد في يد ولي الجاني
أمانة وليس بمضمون ويرجع الغائب بنصف قيمته ما هو مضمون على القابض وهو ربع قيمة الكل ولو كان فدى نصفه بنصف
الدية ثم مات العبد وحضر الغائب فهو ما يقتسمان نصفه نصفين ويرجعان على مولى العبد بنصف الدية أيضا فيكون بينهما
نصفين ولو فدى من أحدهما ثم قتل العبد وأخذ السيد قيمته دفع نصف القيمة الى الغائب لان اختيار الفداء في حق أحدهما
لا يكون اختيار الفداء في حق الآخر مادام قائما لانه لا ضرر على الآخر في ذلك فانه لو اختار الدفع اليهما كان يصل اليه نصف العبد
وهذا العبد قائم معنى لقيام بدله وهو القيمة لان البدل قائم مقام المبدل معنى واعتبارا فيدفع البدل الى الغائب لانه بدل حقه
ولا يتراجعان وان كان دفع القيمة الى الغائب فهو كدفع نصف العبد اليه ولو دفع اليه نصف العبد لا يتراجعان فكذا اذا دفعه
معنى واعتبارا قيل المراد بنصف القيمة نصف الدية ومن أصحابنا من قال اختيار الفداء للحاضر لا يكون اختيارا للفدية في حق
الغائب عند أبي حنيفة لان أحد الورثة لا ينتصب خصما عن الباقين فتكون المسئلة الثانية على قول أبي حنيفة والاولى
على قولهما ولو دفع نصفه الى أحدهما واختار الفداء من الآخر وهو معسر لا يقدر على شيء فانه يرجع على أخيه بربع العبد
وان كان مستهلكا بربع القيمة وقال في الاصل بربع الدية وهو محمول على ان القيمة مثل الدية فهذا قولهما وفي قول أبي
حنيفة لا يرجع على الآخر بربع القيمة لكن يتبع مولى العبد بنصف الدية متى أيسر لان عنده اختيار الفداء من المفلس لا يصح
لما مر في كتاب الديات قال رحمه الله ﴿وبثلثه لزيد وترك عبدا فادعى زيد عتقه في صحته والوارث في مرضه فالقول للوارث
ولا شيء لزيد الا ان يفضل من ثلثه شيء أو يبرهن على دعواه﴾ أي اذا أوصى بثلث ماله لزيد وله عبد وأقر الموصى له والوارث ان
الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له
الا ان يفضل من الثلث شيء أو تقوم البينة ان العتق كان في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى العبد لان العتق
في الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد لان العتق في المرض وصية وهو مقدم
على غيره من الوصايا فقد شغل الثلث بالعتق فبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكرا لاستحقاقه والقول للمنكر مع اليمين
ولكن العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للورثة فيكون القول قولهم مع اليمين
ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء من قيمة العبد فانه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك أو تقوم له البينة ان العتق وقع في الصحة
ويكون له جميع العبد لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة والموصى له خصم بالاجماع الا أنه يثبت حقه وكذا العبد أما عند أبي
حنيفة فظاهر لان العتق حق العبد على ما عرف من مذهبه فيكون خصما فيه لاثبات حقه وأما عندهما فلان العتق فيه حق العبد
وان كان حقا لله فيكون بذلك خصما وهو نظير حد القذف فانه حق الله تعالى وفيه حق العبد فيكون خصما بذلك وكذا السرقة
الحد فيها حق الله تعالى واسترداد المال حق العبد ولا بد من خصومته حتى يقطع السارق كذا في الشارح هذا اذا كان الموصى له
غير العبد ولو كان هو العبد قال في الاصل رجل مات وترك عبدا وورثة صغارا وترك دينا على رجل فأقام العبد بينة ان مولاه أعتقه
وأوصى اليه ومن عليه الدين حاضر فالشهادة جائزة ويقضى بالعتق وبالوصاية للعبد وينبغي في قياس قول أبي حنيفة ان لا تقبل
شهادتهم في العتق وان كانت الورثة كبارا وأقام العبد بينة على ذلك فالشهادة جائزة ويقضى بالعتق وبالوصاية هذا على خلاف رواية
الاصل وفي نوادر ابراهيم عن محمد رجل مات ولرجل عليه دين وأوصى بثلث ماله أو بدرهم بعينه لرجل فاحدهما الموصى له ثم جاء الغريم

والورثة شهود أو غيب وقدم الموصى له إلى القاضي والموصى له لا يكون خصما للغريم هذا إذا حصلت الوصية له بقدر الثلث وإذا
حصلت الوصية بما زاد على الثلث إلى جميع المال وصحت الوصية بأن لم يكن للميت وارث فالموصى له خصم الغريم في هذه الحالة ويعتبر
الموصى له في هذه الحالة بالوارث قال محمد رحمه الله في الجامع رجل هلك وترك ثلاثة آلاف درهم وأقام وارثا واحدا فأقام رجل البينة
أن الميت أوصى له بثلث ماله وجحد الوارث ذلك قضى القاضي له بالثلث وأعطاه ذلك وهو ألف درهم ثم جاء رجل وأقام البينة أن
الميت أوصى له بثلث ماله وأحضر الموصى له إلى القاضي فالقاضي يجعله خصما ويأمره أن يدفع نصف ما في يده إلى الثاني فإن قضى
القاضي على الأول بنصف الثلث ولم يكن عنده شيء بأن هلك الثلث في يده أو استهلكه وهو فقير والوارث لم يكلف الثاني إعادة البينة
وكان للموصى له الثاني أن يشارك الوارث فيما في يده ويأخذ خمس ما في يد الوارث ولو كان الموصى له هو الغائب فأحضر الثاني الوارث
إلى القاضي وقضى على الأول وإن كان القاضي قضى بوصية الأول ولم يدفع إليه شيئا حتى خاصمه الثاني والوارث غائب فإن خاصمه
إلى ذلك القاضي بعينه جعل خصما وإن خاصمه إلى قاض آخر لم يجعله خصما ولو كان الموصى له الأول هو الغائب والوارث حاضر لم يدفع
المال إلى الأول فالوارث خصم للموصى له الثاني وهذا كله إذا أقر الموصى له الأول بأن كان المال الذي في يده بحكم الوصية أو كان ذلك
معلوما للقاضي فأما إذا لم يكن شيء من ذلك فقال الأول هو مالي ورثته عن أبي الميت وما أوصى لي بشيء وما أخذت من ماله شيئا فإنه يكون
خصما للموصى له الثاني بمنزلة ما لو ادعى رجل عبدا في يد رجل أنه اشتراه من فلان بكذا وقال ذو اليد هو عبدي ورثته عن أبي يكون
خصما ويقضى عليه للمدعي كذا هنا وإن قال هذا المال عندي وديعة له لأن الميت الذي يدعي الوصية من جهته أو قال غصبته منه
فهو خصم إلا أن يقيم بينة على ما قال قال رجل أقام بينة على وارث ميت أن الميت أوصى بهذه الجارية بعينها وهي ثلث ماله وقضى
القاضي بذلك ودفعها إليه وغاب الوارث ثم أقام الآخر البينة على الموصى له أن الميت أوصى له بها إن ذكر رجوعا قضى القاضي بكل
الجارية للثاني وإن لم يذكر رجوعا قضى بنصفها للثاني للمزاحمة والمساواة ويكون هذا قضاء على الوارث غاب أو حضر حتى إن الموصى
له الأول لو أبطل حقه كان كل الجارية للثاني فإن غاب الموصى له وحضر الوارث لم ينتصب الوارث خصما للموصى له الآخر خاصمه إلى
القاضي الأول أو إلى غيره فإن كان القاضي قضى للأول بالجارية ولم يدفعها إليه حتى خاصم الثاني الوارث فإن خاصمه إلى القاضي
الأول لم يجعله خصما وإن خاصمه إلى قاض آخر يجعله خصما ثم القاضي إذا سمع بينة الثاني على الوارث في هذا الفصل وهو ما إذا خاصمه
الثاني عند قاض آخر قضى للثاني بنصف الجارية سواء شهد شهوده على الرجوع عن الأول أو لم يشهدوا على الرجوع إنما يشكل
فيما إذا شهدوا على الرجوع ولو أقام الأول بينة أن الميت أوصى له بثلث ماله ودفعه القاضي إليه ثم أقام الثاني البينة على الأول أن الميت
رجع عن الوصية الأولى وأوصى بثلث ماله للثاني فالقاضي يأخذ الثلث من الأول ويدفعه إلى الثاني قال محمد في الجامع الصغير رجل له
على آخر ألف درهم قرض أو كان غصب منه ألف درهم وكانت في يد الغاصب قائمة بعينها أقام رجل البينة أن فلانا استودعه ألف
درهم وهي قائمة بعينها في يد المودع فأقام رجل البينة أن صاحب المال توفي وأوصى له بهذه الألف التي هي قبل هذا الرجل والرجل مقر
بالمال لكنه يقول لا أدري مات فلان أو لم يمت لم يجعل القاضي بينهما خصومة حتى يحضر وارث أو وصي كذلك ونظيرها إذا ادعى عينا
في يد رجل أنه اشتراها من فلان الغائب وصاحب اليد يقول أنا مودع الغائب أو غصبته منه لا ينتصب خصما للمودع كذا هنا وهذا
الذي ذكرنا إن كان الذي قبله المال مقرا بذلك فإن كان الذي في يده المال قال هذا ملكي وليس عندي من مال الميت شيء جعل
خصما للمدعي وصار كرجل ادعى عينا في يد رجل أنه اشتراه من فلان الغائب وصاحب اليد يقول هو لي ينتصب خصما للمدعي كذا هنا
وإن جعله القاضي خصما في هذا الوجه قضى له بثلث ما في يد المدعى عليه إلا أن يقيم البينة أن الميت ترك ألف درهم غير هذا الألف
وإن الوارث قبض ذلك حينئذ يقضي القاضي للموصى له بكل هذا الألف ولو حضر الوارث بعد ذلك وقال لم أقبض من مال
الميت شيئا فلم يلتفت إلى قوله فإن أقام البينة أن فلانا مات ولم يدع وارثا ولا وصيا يقبل القاضي بينته ثم عاد محمد إلى صدر المسألة فقال
لو أن الموصى له أقام البينة أن فلانا مات ولم يدع وارثا وأوصى إليه بالألف التي قبل فلان وقال الشهود ولا نعلم له وارثا والذي عليه المال مقر
بالمال الذي قبله فالقاضي يقضي بالمال للموصى له قال محمد في الجامع رجل ألف درهم دين أو كان الألف في يده غصبا أو وديعة
أو كانت الألف لهذا فمات صاحب المال فقام رجل وادعى أن صاحب المال أوصى له بهذا الألف الذي قبل هذا الرجل ولا بينة له
فصدقه الذي قبله المال فهذا على وجهين أما إن أقر المدعي أن لصاحب المال وارثا غائبا أو قال لا أدري أله وارث أم لا أو قال المدعي

ليس لصاحب المال وارث وإن كان صاحب المال رجلا نصرانيا أسلم ولم يترك أحدا وصدقه الذي في يده المال في ذلك ففي الوجه الأول
القاضي لا يقضي على الذي في يده المال في الوجوه الأربعة الغصب والوديعة والدين والإيصاء إلا أن القاضي يتلوم في ذلك ويتأنى
ولا يعجل فإن جاء مدع أو وارث وإلا وصى القاضي بالمال للمدعي وإن كان المال وديعة عند رجل كان له أن يضمن القابض بإجماع
وهل له أن يضمن المودع فعلى قول محمد رحمه الله كان له ذلك وعلى قول أبي يوسف رحمه الله ليس له ذلك وإن كان المال دينا
فلصاحب المال أن يضمن الغريم وليس له أن يضمن القابض وإن ضمن الغريم كان للغريم أن يرجع على القابض وأما إذا كان
المال وصل إليه من قبل أنه أوصى إليه أبوه وصورته هذا وتفسيره إذا كان لرجل ألف درهم دفعها إلى رجل وجعله وصيا فيه
ثم مات الموصى له فوصل المال إلى ابن الموصى من جهة أبيه الذي كان أوصى بها إلى ابنه وكان في يديه فدفع إلى هذا المدعي بأمر
القاضي ثم جاء صاحب المال حيا ولكن حضر وارثه فأقام البينة أنه أخوه من أبيه وأمه لا وارث له غيره فلا ضمان على الذي في يده المال
في الوجوه كلها وإن الذي في يده المال أقر أن هذا أخ صاحب المال وأنه قد مات إلا أني لا أدري أهذا وارثه أم لا لم يقض القاضي
في ذلك زمانا ما لم يظهر له وارث آخر ودفع المقر المال إلى المقر له بأمر القاضي ثم جاء صاحب المال حيا قال محمد في الكتاب فهو بمنزلة
الموصى له في جميع ما وصفت لك في حق التضمين ولو لم يجئ صاحب المال حيا لكن جاء رجل وأقام البينة أنه ابنه قال في الكتاب هذا
بمنزلة الموصى له في جميع ما وصفت لك في أنه لا ضمان على الذي في يده المال في الفصول كلها وإن الضمان على القابض ولو أن الذي
في يده المال أقر لرجل أنه ابن الميت وأن للميت ابنا آخر وقال الابن المقر له ليس له ابن آخر يتلوم القاضي زمانا وإذا تلوم زمانا ولم يحضر
وارث آخر دفع المال كله إليه ثم قال في الكتاب إذا تلوم القاضي زمانا ولم يظهر للميت ابن آخر أمر القاضي الذي في يده المال أن يدفع
المال كله إلى المدعي ويأخذ منه كفيلا ثقة وما لم يعطه كفيلا ثقة لا يدفع المال نظرا للغائب لجواز أن يكون للميت ابن آخر من
مشايخنا من قال هذا قولهما أما على قول أبي حنيفة لا يأخذ كفيلا وقال بعض المشايخ لا بل هذا على الاتفاق فإن جاء وارث آخر
فلا ضمان على الذي في يده المال في الوجوه كلها ولكن الضمان على القابض وكفيله ولو كان الذي حضر ادعى أن له على صاحب المال
ألف درهم دينا وأنه مات فصدقه الذي في يده المال في ذلك لم يلتفت القاضي إلى ذلك ولم يجعل بينهما خصومة حتى يحضر الوارث
في الوجوه الأربعة وهذا إذا أنكر المدعي أن للميت وارثا وقال لا أدري له وارث أم لا فإن أقر الذي في يده المال والمدعي أنه ليس له وارث
فالقاضي يتلوم ويتأنى زمانا ثم إذا تلوم زمانا ولم يظهر له وارث فالقاضي لا يدفع المال إلى المقر ولكن ينصب لنصيب الميت وصيا
ليستوفي مال الميت على الناس ويوفي ما على الميت للناس وإذا نصب يأمر المدعي بإقامة البينة على الوصي فإن أقام البينة على هذا
الوصي يأمر القاضي الوصي بأن يدفع حقه إليه وإذا دفع ثم جاء صاحب المال حيا والمال مستهلك عند المقر له كان الجواب
في الوجوه كلها الأربعة الوديعة والدين والغصب والإيصاء كما قلنا في الفصل الأول ولو لم يجئ صاحب المال حيا لكن حضر وارثه
وجحد الدين لم يلتفت إلى جحوده وكان قضاء القاضي ماضيا ولا يكلف المدعي المديون إقامة البينة على الوارث وقال في الجامع
الصغير رجل له وديعة أو غصب أو دين عليه فجاء رجل وأقام البينة أن صاحب المال قد توفي وهذا المدعي أخوه لأبيه وأمه ووارثه
لا وارث له غيره والذي في يده المال جاحد للمال أو مقر بالمال منكر لما سواه فالمدعى عليه خصم له فإذا قضى القاضي له بالمال
كله فقبضه ثم جاء صاحب المال حيا وقد هلك في يد القابض فإن كان الذي عنده غاصبا فصاحب المال بالخيار إن شاء ضمن
الشهود وإن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن الأخ فإن اختار تضمين الغاصب كان الغاصب بالخيار وإن شاء ضمن الشهود
ورجعوا على الأخ وإن شاء ضمن الأخ لا يرجع على أحد ولا يرجع على الشهود وإن كان الذي عليه المال مودعا فلا ضمان
لصاحب المال على الشهود فإذا أخذ صاحب المال الدين من الغريم كان الغريم بالخيار إن شاء ضمن الشاهدين أو ضمن الأخ فإن
ضمن الشهود رجعوا على الأخ وإن ضمن الأخ لا يرجع على الشهود ولو لم يأت صاحب المال حيا فلا يتحقق موته كما شهدت
الشهود فجاء رجل وأقام بينة أنه ابن الميت قضى القاضي بذلك فلا ضمان على الدافع في الوجوه كلها ولكن الابن مخير إن شاء ضمن
الشهود وإن شاء ضمن الأخ فإن ضمن الأخ لم يرجع على الشهود وإن ضمن الشهود رجعوا على الأخ ولو لم يقم الثاني بينة أنه ابن الميت
لكنه أقام بينة أنه أخو الميت لأبيه وأمه ووارثه قضى القاضي ببينته ويقضي القاضي له بنصف ما قبض الأول من الميراث ولا ضمان
على الذي في يده المال في الصور كلها ولا ضمان على الشهود وشاهد رحمه الله ﴿ولو ادعى رجل دينا والعبد عتقا وصدقهما الوارث معا

في قيمته وتدفع إلى الغريم ﴾ وهذا عند أبي حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معا فتصديق
الوارث في كلام واحد فصار كأنهما وجدا معا أو نقول ثبتا بالبينة والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين وله أن
الإقرار بالدين أقوى من الإقرار بالعتق ولهذا يعتبر إقراره بالدين من جميع المال وبالعتق من الثلث والأقوى يدفع الأدنى فصار
كإقرار المورث نفسه بأن ادعى عليه رجل دينا وادعى عبده عتقا في صحته فقال في مرضه صدقتما فإنه يعتق العبد ويسعى في قيمته فكذا هذا
ولهذا المدفوع أن يبطل العتق في المرض أصلا إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية عليه ولأن
الدين أسبق فإنه لا مانع له من الاستناد فيستند إلى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق إلى تلك الحالة لأن الدين يمنع العتق في حال المرض
مجانا فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف إذا مات وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال آخر هذا الألف كان
لي عنده وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء كذا في الهداية وقال في النهاية ذكر فخر الإسلام والكيساني الوديعة أقوى
عندهما وعنده على عكس ما ذكر في الهداية بخلاف إقرار المورث نفسه لأن إقراره بالدين يثبت في الذمة وبالوديعة يتناول العين
فيكون صاحبها أولى لتعلق حقه بها وإقرار الوارث بالدين يتناول عين التركة كإقراره بالوديعة يتناول العين وصاحب الكافي ضعف
أيضا ما ذكره صاحب الهداية وجعل الأصح خلافه وفي الفتاوى سئل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجل فقال إذا أدرك ولدي فأعتق
عبدي هذا وأعطه مائتي درهم والصبي مراهق وفي لفظ منه فرضي العبد أن يعتق في الحال ولا يطلب منه شيئا قال لا يجوز عتق العبد قبل
الوقت الذي أمر به الموصي وسئل أبو بكر عمن أوصى بعتق عبده وأوصى له بصلة وللعبد متاع وكسوة من سيده وهبة وهبها له غير المولى
قال لا يكون للعبد من ذلك المتاع إلا ما يواري عورته قال رحمه الله ﴿ وتقدم الفرائض وإن أخرها كالحج والزكاة
والكفارات ﴾ لأن الفرض أهم من النفل والظاهر منه البداية بالأهم قال في الأصل إذا اجتمعت الوصايا فإن كان ثلث المال يفي
بالكل أو أجازت الورثة الوصايا بأسرها نفذت الوصايا بأسرها وإن لم تجز الورثة الوصايا فإن كانت الوصايا كلها للعباد يقدم الأقوى
فالأقوى والأدنى فيبدأ به كما سيأتي في الفصل الذي بعدها فإن كان في الوصايا عتق قدم على غيره وإن استوت في القوة فإنهم يتحاصون
فيها بأن يضرب بقدر حقه في الثلث وقد تقدم وإن كانت الوصايا كلها لله تعالى إن كانت النوافل كلها عينا بأن أوصى أن يتصدق بمائة
على فقير بعينه أو أوصى بأن يعتق نسمة بعينها ... ما يتحاصان ولا يبدأ إلا بما بدأ به الميت فإن كان صاحب النسمة لا يبيع النسمة
بما عينها أو ماتت النسمة في يد صاحبها حتى وقع العجز عن تنفيذ الوصية فإنه يكمل وصية الموصى له بالمائة لأن صحة الوصية للعبد تحت
ثم بطلت لا باعتبار البطلان بوقوع اليأس عن تنفيذ الوصية للعبد فأما إذا كانت الوصايا كلها فرائض وقد استوت في الوكادة وليس
معها وصية للعين بأن أوصى بأداء الزكاة وحجة الإسلام وبأن يعتق عنه عبد عن كفارة يمين فإن على قول الفقيه أبي بكر البلخي
يبدأ بما بدأ به الميت بخلاف ما لو أوصى بعتق في كفارة فطر فإنه يبدأ بكفارة الفطر أو القتل وإن أخرها الميت وقد روى أبو يوسف
في الأمالي عن أبي حنيفة والحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه يبدأ بالحج ثم بالزكاة ثم بالعتق عن كفارة اليمين سواء بدأ بالحج أو أخر
وفي الكافي وروي عن أبي يوسف أنه يقدم عليه الزكاة بكل حال ثم يقدم الحج على الكفارات وكفارة الظهار والقتل واليمين مقدم
على صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية وعلى هذا القياس تقدم بعض الواجبات كالنذر يقدم على الأضحية وما ليس
بواجب يقدم منه ما قدمه الموصي فإن أوصى بعتق في كفارة قتل أو كفارة يمين أو ظهار يبدأ بكفارة القتل وإن أخرها الميت وإن
كانت الكفارة كفارة اليمين ساوت كفارة القتل في القوة والوكادة بخلاف ما إذا أوصى بالعتق في كفارة يمين وبالعتق في كفارة
ظهار وبكفارة جزاء الصيد وبكفارة الحلق في الأذى فإنه يبدأ بما بدأ به الميت وروى القاضي الإمام الخليل في شرح مختصر الطحاوي
عن أصحابنا أنه يبدأ بالزكاة ثم بالحج ثم بالعتق عن الكفارة هذا كله إذا لم يكن مع الفرائض نفل فإن كان النفل لغير العين بأن أوصى
بأن يحج عنه حجة الإسلام ويعتق عنه نسمة لا بعينها تطوعا فالفرض أولى وإن أخره الميت وهذا استحسان والقياس أن يبدأ بالنفل
إذا كان الميت بدأ بالنفل فأما إذا كان مع الفرائض عين بأن أوصى بحجة الإسلام وبأن يعتق عنه معين يتحاصان سواء بدأ بالعتق
أو أخره هذه جملة ما أورده الشيخ الإمام المعروف بخواهرزاده وذكر الشيخ الإمام الزاهد أحمد الطواويسي في شرحه ... أن بعد
الفرائض تقدم الكفارة على النذور وفي الذخيرة تقدم كفارة القتل على غيرها من الكفارات وعلى النذور وتقدم النذور على
الأضحية وصدقة الفطر وتقدم صدقة الفطر على الأضحية لأنها واجبة بالاتفاق وإن كان مع الفرض وصية بعتق وبدل الناس بعين بأن

أوصى لرجل بمائة درهم وأوصى بعتق نسمة لا بعينها فإنه يجب الوزن بين الموصي له والحاصة لتظهر حصة المعين فإذا ظهر حصة المعين من الثلث خرج المعين عن الوسط بقي بعد ذلك فرض وبعد ذلك وليس بعين فيقدم الفرض فإن بقي بعد الفرض شيء ولا يوجد بذلك نسمة قالوا يصرف إلى الموصى له بالعين وفي فتاوى الخلاصة فإن كان مع شيء من هذه الوصايا حق الله تعالى بأن يقول ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارة ولم يذكر قسم على أربعة أسهم وفي فتاوى أبي الليث إذا قال أخرجوا من مالي عشرين ألفا فأعطوا فلانا كذا وفلانا كذا حتى بلغ أحد عشر ألفا ثم قال والباقي للفقراء ثم مات فإذا ثلث ماله تسعة آلاف درهم والورثة لم يجيزوا فإنه ينقص من وصية كل واحد منهم تسعة أجزاء من عشرين جزءا أو يبطل من وصية كل واحد منهم أحد عشر جزءا من عشرين جزءا أو يجعل قوله والباقي للفقراء بعد ما سمى عشرين ألفا وذلك لكل واحد من ذلك نصيبه حتى بلغ أحد عشر ألفا فإنه قال أعطوا ثلث مالي لفلان كذا حتى بلغ أحد عشر ألفا ثم قال وأعطوا الباقي للفقراء فإذا بلغ ماله تسعة آلاف أو أكثر إلى أحد عشر ألفا لا شيء للفقراء ويعطى كل واحد من أصحاب الوصايا حصة كاملة إن كان الثلث أحد عشر ألفا ثم يعطى كل واحد منهم تسعة أجزاء من أحد عشر جزءا من وصيته ويبطل سهمان من أحد عشر وفي الواقعات للناطفي الواجبات في الوصايا على أربع مراتب ما أوجبه الله تعالى ابتداء كالزكاة والحج والثاني ما أوجبه على العبد بسبب من جهته ككفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة القتل والثالث ما أوجبه على نفسه من غير سبب أوجبه عليه بالنذر كقوله علي صدقة أو عتق وما أشبهه والرابع التطوع كقوله تصدقوا عني بعد وفاتي وقد اختلفت الروايات في الحج مع الزكاة فعن أبي حنيفة في المجرد أنه تقدم حجة الإسلام وإن أخر الحج عن الزكاة في الوصية لفظا وفي نوادر ابن رستم إذا أوصى بالزكاة والحج والفرض يبدأ بما بدأ به الميت فعلى هذا الترتيب الذي بيناه يجب أيضا وعامة هذا إذا لم يف ثلث ماله بذلك كله قال رحمه الله ﴿وإن تساوت في القوة بدئ بما بدأ به﴾ لأن الظاهر من حال المريض يبدأ بما هو الأهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت فصار كأنه نص على تقديمه باعتبار حاله فتقدم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد بها وعن أبي يوسف أن الحج يقدم وهو قول محمد وهما يقدمان على الكفارة لرجحانهما عليها لأنه جاء الوعيد فيهما ما لم يأت في غيرهما قال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم الآية وقال تعالى فتكوى بها جباههم وجنوبهم وقال تعالى ومن كفر فإن الله غني عن العالمين مكان قوله ومن ترك الحج إلى غير ذلك من النصوص والأخبار الواردة فيهما وكذا ما ورد نص بوعيد فيه يقدم وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وقد تقدم أن الوصايا إذا اجتمعت لا يقدم البعض على البعض إلا العتق والمحاباة على ما بينا من قبل ولا معتبر بالتقديم ولا بالتأخير ما لم ينص عليه وهذا لو أوصى لجماعة على التعاقب يستوون في الاستحقاق ولا يقدم أحد على أحد غير أن المستحق إذا تعدد لم يف الثلث بالوصايا كلها يقدم الأهم فالأهم باعتبار أن الموصي يبدأ بالأهم عادة فيكون ذلك كالتنصيص عليه لأن من عليه قضاء من صلاة أو حج أو صوم لا يشتغل بالنفل من ذلك الجنس ويترك القضاء عادة ولو فعل ذلك نسب إلى الحيف وقد مثلنا لو كان معها وصية لآدمي قال رحمه الله ﴿وبحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج عنه راكبا﴾ لأنه وجب عليه أن يحج من بلده فيجب عليه الإحجاج كما وجب لأن الوصية لأداء ما هو الواجب عليه وإنما اشترط أن يكون راكبا لأنه لا يلزمه أن يحج ماشيا فوجب عليه الإحجاج على الوجه الذي لزمه وفي النوازل وقال نصير رجل مات وأوصى أن يحج عنه فحج عنه ابنه ثم مات في الطريق قال إن لم يكن له وارث غيره فإنه يحج عن الميت من وطنه ويغرم الوارث ما أنفق في الطريق وقال محمد بن سلمة الذي يحج عن الميت لا يتداوى من مال الميت ولا يحتجم ولا يشتري منه ماء ليتوضأ أو يغتسل من الجنابة ولا بأس أن يشتري ما يغسل به ثيابه وبدنه ورأسه من الوسخ ولم يتعرض المؤلف للوصية بالصدقة ونحن نذكر ذلك تتميما للفائدة وهذا يشتمل على أقسام الأول إذا أوصى بالتصدق بشيء فيتصدق بغيره سئل ابن مقاتل عمن أوصى أن يتصدق عنه بألف درهم فتصدق عنه بالحنطة أو على عكسه قال يجوز قال الفقيه معناه أنه أوصى أن يتصدق عنه بألف درهم حنطة ولكن سقط ذلك عن السؤال فقيل له إن كانت الحنطة موجودة فأعطى قيمته دراهم قال أرجو أن يجوز وفي النوازل وبه نأخذ وفي الظهيرية رجل قال تصدقوا بثلث مالي وورثته فقراء فإن كانوا كبارا كلهم فأجاز بعضهم لبعض جاز للوصي أن يعطيهم من ذلك شيئا وعن محمد لو أوصى بصدقة ألف درهم بعينها فتصدق الوصي مكانها ألفا من مال الميت جاز وإن هلكت الأولى قبل أن يتصدق الوصي ضمنه الورثة مثلها وعنه أنه تبطل الوصية ولو أوصى بأن يتصدق بشيء من ماله على فقراء الحج هل يجوز أن يتصدق على غيرهم من الفقراء قال الشيخ الإمام أبو نصر يجوز ذلك وإن

أوصى بدراهم وأعطاهم حنطة لم يجز قال الفقيه وقد قيل إنه يجوز وبه نأخذ وسئل خلف عمن أوصى أن يتصدق بهذا الثوب قال إن شاؤا تصدقوا بعينه وإن شاؤا باعوا وأعطوا ثمنه وإن شاؤا أعطوا قيمة الثوب وأمسكوا الثوب وقال محمد بن سلمة بل يتصدق بعينه كما هو وكذا الأضحية ولو نذر وقال لله علي أن أتصدق بهذا الثوب جاز أن يتصدق بقيمته قال الفقيه أبو الليث رحمه الله نقول خلف نأخذ فإنه ذكر في الزيادات فيمن أوصى أن يباع هذا العبد ويتصدق بثمنه على المساكين جاز لهم التصدق بعين العبد فثبت أن التصدق بالعين وبالثمن على السواء وسئل أبو القاسم عمن أوصى إلى رجل وقال له بالفارسية فلان نيم راشام كن فأعطاه ثمن السكر ماس قال هذا يقع على الخبز وفي الأجناس وفي نوادر ابن سماعة عن محمد إذا أوصى أن يتصدق عنه بمائة درهم فتصدق بقيمتها فإنه يجوز وفي الخانية روى ابن سماعة عن محمد أنه يجوز ولو أوصى أن يتصدق بثمنه فليس له أن يمسك الثوب لورثته ويتصدق بقيمته ولو قال اشتر عشرة أثواب وتصدق بها فاشترى الوصي فله أن يبيعها ويتصدق بثمنها وكذلك لو قال تصدقوا بثلث مالي وله دور وأرضون فللوصي أن يبيع تلك الدور والأرضين ويتصدق بالثمن وكذلك لو قال تصدقوا بثلث مالي وبهذا العبد فللوصي أن يبيع ذلك العبد ويتصدق بالثمن وعن محمد إذا أوصى أن يتصدق عنه بألف درهم بعينها فتصدق الوصي بألف أخرى مكانها من مال الميت جاز والحاصل أن الحي إذا نذر بالتصدق بمال نفسه فتصدق بمثله أو قيمته ففيه روايتان فإن هلكت الألف التي عينها الوصي قبل أن يتصدق الوصي ضمن الوارث مثلها وعنه أيضا لو أوصى بألف درهم بعينها أن يتصدق عنه فهلكت الألف بطلت الوصية وفي النوازل إذا أوصى لرجل بهذه البقرة لم يكن للورثة أن يتصدقوا بثمنها قال الفقيه وبه نأخذ القسم الثاني من هذا النوع إذا أوصى أن يتصدق على مسكين بعينه فتصدق على غيره ضمن وفي نوادر داود إذا أوصى أن يتصدق على مساكين مكة أو مساكين الري فتصدق الوصي على غير هذا الصنف ضمن إن كان الآخر حيا وكذلك لو أوصى أن يتصدق على المرضى من الفقراء أو الشيوخ من الفقراء فتصدق على الشبان من الفقراء ضمن في ذلك كله ولم يقيد هذه المسألة بحياة الآمر وفي الخانية ولو قال لله علي أن أتصدق على فلان فتصدق على غيره لو فعل ذلك بنفسه جاز ولو أمر غيره بالتصدق ففعل المأمور ذلك ضمن المأمور ولو قال لله علي أن أتصدق على مساكين مكة فله أن يتصدق على غيرهم وعن أبي يوسف رواية أخرى فيمن أوصى أن يتصدق عنه على فقراء مكة فتصدق على فقراء غيرها أنه يجوز وسئل أبو نصر عمن أوصى أن يتصدق عنه بطعام فتصدق على غيرهم من الفقراء قال يجوز على ما تقدم عنه وفي أمالي الحسن قول أبي حنيفة كقول محمد والمذكور في الأمالي إذا أوصى لمساكين الكوفة فقسم الوصي في غير مساكين الكوفة ضمن ولم يفرق بين حياة الآمر وبين وفاته والفتوى على الجواز في هذه المسائل وفي نوادر أبي يوسف إذا قال لعبده تصدق بهذه العشرة الدراهم على عشرة مساكين فتصدق بها على مسكين واحد دفعة واحدة جاز قال وهذا على أن الأمر في الصدقة ليس على عدد المساكين ولو قال تصدق بها على عشرة لا يجوز وفي الظهيرية لو قال تصدق بها على مسكين واحد فأعطاها عشرة مساكين جاز ولو قال في عشرة أيام فتصدق في يوم واحد جاز وكذا في الخانية وفي الفتاوى سئل إبراهيم بن يوسف عمن أوصى لفقراء أهل بلخ فالأفضل أن لا يتجاوز بلخ ولو أعطى فقراء مكة وكورة أخرى جاز قال رحمه الله ﴿وإلا فمن حيث يبلغ﴾ أي إن لم يبلغ ثلث الميت إذا أحجوا عنه من بلده حجوا من حيث يبلغ والقياس أن لا يحج عنه لأنه أوصى بالحج على صفة وقد عدمت تلك الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحسانا لأن مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن ولا يمكن على هذا الوجه فيوفى به على وجه ممكن وهو أولى من إبطاله بخلاف العتق وقد فرقنا بينهما فيما إذا أوصى بأن يشترى عبد بمال قدره فضاع بعضه على قول أبي حنيفة قال رحمه الله ﴿ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق وأوصى بأن يحج عنه يحج عنه من بلده﴾ وإن أحجوا عنه من موضع آخر فإن كان أقرب من بلده إلى مكة ضمنوا النفقة وإن كان أبعد لا ضمان عليهم لأنهم في الأول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال والإطلاق يقتضي ذلك وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند أبي حنيفة وقالا يحج عنه من حيث مات استحسانا لأن سفره بنية الحج وقع قربة وسقط فرض من قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله ومن يخرج من بيته مهاجرا الآية ولم ينقطع سفره بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما إذا خرج من بيته للتجارة لأن سفره لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ولأبي حنيفة أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده لأنه الواجب عليه على ما قررناه وعمله قد انقطع بالموت لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاث الحديث والمراد بالثلاث في حق أحكام الآخرة من الثواب وهذا

الخلاف فيمن له وطن وأما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لانه لو صح منه انما كان يتجهز من حيث هو فكذا اذا حج غيره لان وطنه حيث حل قال رحمه الله ﴿والحاج عن غيره مثله﴾ أي المأمور بالحج عن الغير يحج عنه فمات في الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه اذا مات في الطريق حتى يحج عنه كاينا من وطنه عند أبي حنيفة وعندهما من حيث مات الاول وقد ذكرناها في كتاب الحج والله أعلم

﴿باب الوصية للاقارب وغيرهم﴾

قال في العناية انما أخر هذا الباب عما تقدم لان في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدم ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبداً بعد العموم وقوله جيرانه كان حق الكلام أن يقدم ذكر الوصية للاقارب نظرا الى ما في الترجمة ويجوز أن يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال قدم ذكر الجيران للاهتمام بهم قال رحمه الله ﴿جيرانه ملاصقوه﴾ يعني لو أوصى الى جيرانه يصرف ذلك للاصقين لداره وهذا عند أبي حنيفة وهو القياس لانه مأخوذ من المجاورة وهي الملاصقة ولهذا حمل قوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعته حتى لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع صرف اليه ألا ترى انه يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية فوجب صرفه الى أخص الخصوص وهو الملاصق في الاستحسان وفي قولهما جار الرجل هو من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة لان الكل يسمون جارا عرفا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسر بكل من سمع النداء ولان المقصود بالوصية للجيران برهم والاحسان اليهم واستحسانه ينتظم الملاصقين وغيرهم الا انه لا بد من الاختلاط ليتحقق منهم معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد وقال الشافعي رحمه الله الجار الى أربعين دارا من كل جانب لقوله عليه الصلاة والسلام حق الجار أربعون دارا هكذا وهكذا قلنا هذا ضعيف عند أهل النقل فلا يصح الاحتجاج به ويستوي فيه الجار الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لان استحقاق ما في يده للاختصاص به ثابت له ولا يملكه المولى الا بالتمليك منه ألا ترى أنه يجوز له أخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وأم الولد فالارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها ولا تدخل التي لها أهل لان سكناها غير مضاف اليها وانما هي تبع فلم تكن جارا حقيقة وفي المنتقى ولو أوصى بثلث ماله لجيرانه فان كانوا يحصون يقسم على أغنيائهم وفقرائهم ولذلك لو قال لاهل محلة كذا أو لاهل مسجد كذا لانه ليس في اللفظ ما يدل على التخصيص قال محمد رحمه الله رجل أوصى بمائة درهم لرجل من جيرانه ثم أوصى لجيرانه بمائة ينظر فيما أوصى لهذا وفيما يصيبه مع الجيران فيدخل الاقل في الاكثر لان المائة اذا كانت أكثر فانه يستحقها باسم الجيرة وقد آثره الموصي بتعيين المائة ولا يستحق شيأ آخر فاذا كان نصيبه مع الجيران أكثر يكون رجوعا عما سمى له وشركائه مع الجيران كلهم ولو أوصى بثلث ماله لمجاوري مكة فان الوصية جائزة فان كانوا لا يحصون صرف الى أهل الحاجة منهم وان كانوا يحصون قسمت على رؤسهم واختلفوا في تفسير الاحصاء وتقديره على قول أبي يوسف لا يحصون الا بكتاب وحساب فانهم لا يحصون وقال محمد ان كانوا أكثر من المائة لا يحصون وان كانوا أقل يحصون وقيل الامر موكول الى رأي القاضي وهو الاحوط وقال أبو يوسف لكهول أهل بيته فهو لابناء الثلاثين الى الاربعين والشاب اذا احتلم الى ثلاثين والشيخ من كان شيبه أكثر وهو شيخ وان كان السواد أكثر وليس بشيخ وعن أبي يوسف في رواية أخرى ان الكهل من له أربعون سنة الى خمسين وذكر في موضع آخر اذا بلغ ثلاثا وثلاثين سنة صار كهلا وقال في موضع آخر اذا بلغ الثلاثين وخالطه الشيب فهو كهل وان لم يخالطه فهو شاب وفي بعض الروايات الاعتبار بالسن لانه أمكن مراعاة في حق الكل على نهج واحد وفي بعضها اعتبر من حيث الامارة والعلامة فان الناس يتعارفون ذلك وأطلقوا الاسم عند وجود العلامة وهو الشمط والشيب قال رحمه الله ﴿واصهاره كل ذي رحم محرم من امرأته﴾ لما روي أنه عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون أصهار النبي صلى الله عليه وسلم وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم وقال الفراء في قوله تعالى وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا النسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذي يحل نكاحه كبنات العم والخال وأشباههن من القرابة التي يحل تزوجها وعن ابن عباس خلاف ذلك فانه قال حرم الله من النسب

سموا من الصهر شيئا حرمت عليكم أمهاتكم الى قوله تعالى وبنات الاخت ومن الصهر شيئا بقوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم الى قوله وان تجمعوا بين الاختين قال في المغرب عقيب ذكره قاله الازهري وهذا هو الصحيح لا ارتياب فيه هذا هو المذكور في كتب اللغة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل أصهار وشرطه ان يموت وهي منكوحته أو معتدته من طلاق رجعي لا من بائن سواء ورثت بأن أبانها في المرض أو لم ترث لان الرجعي لا يقطع النكاح والبائن يقطعه وقال الحلواني الاصهار في عرفهم كل ذي رحم محرم من نسائه التي يموت هو وهن نساؤه أو في عدة منه وفي عرفنا أبو المرأة وأمها ولا يسمى غيرهما صهرا قال رحمه الله ﴿واختانه زوج كل ذي رحم محرم منه﴾ كأزواج البنات والعمات والخالات لان الكل يسمى ختنا وكل ذي رحم محرم منه محرم من أزواجهن لانهن يسمون اختانا وقيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الا أزواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد قال اذا أوصى بثلث ماله لاختانه أو لاختان فلان فاعلم ان الاختان أزواج كل ذي رحم محرم منه كأزواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكذا كل ذي رحم محرم من أزواج هؤلاء من ذكر أو أنثى فهما اختان كذا ذكره محمد في الكتاب قال مشايخنا وهذا بناء على عرف أهل الكوفة أما في سائر البلدان اسم الختن يطلق على زوج البنت وزوج كل ذي رحم محرم منه ولا يطلق على ذي رحم محرم منه من أزواج هؤلاء والعبرة للعرف وفي الكافي ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد واللفظ يشمل الكل قال ولا يكون الاختان من قبل أبي الموصي يريد به ان امرأة الموصي اذا كانت لها بنت من زوج آخر ولها زوج فزوج ابنتها لا يكون ختنا للموصي فلو أوصى لاصهاره من نساء الموصي فهي صهره هكذا ذكره محمد في الكتاب ونقدم غيره والاخذ بما ذكره محمد أولى لانه موافق للعرف وانما يدخل تحت الوصية من كان صهرا للموصي يوم موته لما ذكرنا ان المعتبر حالة الموت وذلك انما يكون اذا كانت المرأة التي ثبتت بها الصهرية منكوحة له عند الموت أو معتدة عنه بطلاق رجعي أما اذا كانت بائنة بثلاث تطليقات أو بتطليقة بائنة فلا وكذلك في مسئلة الاختان انما يدخل تحت الوصية من كان ختنا للموصي عند موته وذلك انما يكون لقيام النكاح بين محارمه وأزواجهن عند موت الموصي ويستوي ان تكون المرأة أمة أو حرة على دينه أو غير دينه كذا في المنتقى اذا قال أوصيت لزوجة ابني بكذا فهو على زوجها يوم مات الموصي ولو قال لازواج ابنتي ولابنته أزواج قد طلقوا وزوج حال الموت لم يطلقها فالوصية للكل ولو أوصى لامرأة ابنه فهذا على امرأة ابنه يوم موت الموصي وانما يدخل تحت الوصية امرأة واحدة حتى لو كان لابنه امرأة يوم الوصية وتزوج بامرأة أخرى ثم مات الموصي فالخيار الى الورثة يعطون أيهما شاؤا ويجبرون على ان يبينوا أحدهما قال رحمه الله ﴿وأهله زوجته﴾ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته غير مماليكه اعتبارا بالعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني بأهلكم أجمعين وقال تعالى ونجيناه وأهله الا امرأته والمراد من كان في عياله ولأبي حنيفة ان الاسم حقيقة للزوجة يشهد بذلك النص والعرف قال الله تعالى وسار بأهله والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة قال رحمه الله ﴿وآله أهل بيته﴾ وقال عليه الصلاة والسلام من تأهل ببلدة فهو منها لان الآل القبيلة التي ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل آبائه الى أقصى أب له في الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الاخوات ولا أحد من قرابة أمه لانهم لا ينسبون الى أبيه وانما ينسبون الى آبائهم فكانوا من جنس آخر لان النسب يعتبر من الآباء وفي المبسوط ولو أوصى بماله لقرابته فالقرابة من قبل الاب لان القرب يثبت بالاتصال من الجانبين فان أوصى لذوي قرابته أو لذوي أرحامه فعند أبي حنيفة هو لكل ذي رحم محرم منه اثنان فصاعدا الاقرب فالاقرب وعندهما يستحقه الواحد ويستوي فيه المحرم وغير المحرم والبعيد والقريب وهو قول الشافعي لهما ان القرابة اسم عام يعم الكل ويشملهم بدليل انه لما نزل قوله تعالى وأنذر عشيرتك الاقربين دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم قبائل قريش وأنذرهم فاكثر بني هاشم ليس بمحرم منه وبعيد عنه في القرابة ولان اطلاق القريب في استعمال الكلام في الاباعد من الاقارب أكثر من اطلاقه على الاقرب من الاقارب فانه يقال لمن بعد منه هذا قريبي ولا يقال لمن قرب منه كالعم هذا قريبي والقرابة اسم جنس فيتناول الواحد فصاعدا كاسم الرجل وأبو حنيفة اعتبر في الاستحقاق أربعة شرائط أحدها ان يكون المستحق اثنين فصاعدا اذا كانت الوصية باسم الجمع وهو قوله قرابتي من القرب ومعنى الاجتماع فيه وهو مقابلة الفرد بالفرد والجمع من وجه ملحق بالجمع من كل وجه في الميراث فكذا في الوصية لانها أخت الميراث والثاني انه يعتبر الاقرب فالاقرب لانه على استحقاق المال

اسم القرابة وفي الميراث يقدم الأقرب فالأقرب ويكون الابعد محجوبا بالأقرب فكذا في الوصية لأنهما أخوان لقوله عليه الصلاة والسلام الوصية أخت الميراث والأختية تقتضي الاستواء والمشاركة في أصل الاستحقاق والثالث أن يكون ذا رحم محرم من الموصي حتى ان أولاد العم لا تستحقه هذه الوصية لأن المقصود من الوصية صلة القرابة فيختص بها من يستحق الصلة بالقرابة وهي القرابة المحرمة للنكاح الموجبة للصلة لأنه يتعلق بها صلة استحقاق النفقة والعتق عند دخوله في ملكه والرابع أن لا يكون ممن يرث من الموصي لأن قصد الموصي صحة الوصية ولا تصح الوصية للوارث ويستوي فيه الرجال والنساء لأن اسم القرابة يتناولهما بصفة واحدة وليس في لفظ الموصي ما يدل على تفضيل الذكر على الأنثى ولا يدخل فيه الوالدان والولد لأنهما لا يطلق عليهما اسم القرابة لقوله تعالى للوالدين والأقربين فقد عطف الأقربين على الوالدين والمعطوف غير المعطوف عليه ولأن الجزئية والبعضية بينهما ثابتة واسم القرابة لا يطلق مع وجود الجزئية والبعضية في عرف الاستعمال والجد والجدة وولد الولد من ذكر وأنثى يدخلون في هذه الوصية لأنهم ينسبون اليه بواسطة القريب وروى الحسن عن أبي حنيفة ان الجد لا يدخل لأنه بمنزلة الأب لأن اسم الأب يتناوله فلا يتناول اسم القريب عند أبي حنيفة ولو كان واحدا يستحق نصف الوصية لأن ما زاد على الواحد ليس له نهاية معلومة ولا يعتبر للراجح أكثر من الواحد كما في الميراث قال رحمه الله ﴿وجنسه أهل بيت أبيه﴾ لأن الانسان يتجنس بأبيه فصار كأنه هو عارف قرابته حيث يدخل فيه جهة الأب والأم لأن الكل يسمون قرابته فلا يختص بشيء منهم وكذا أهل بيته وأهل نسبه فيكون حكمه حكم جميع ما ذكرنا ويدخل فيه الأب والجد لأن الأب أصل النسب والجد أصل نسب أبيه وقال في الكافي لو كان الأب الأكبر حيا لا يدخل تحت الوصية لأن الوصية للمضاف لا للمضاف اليه ولو أوصت المرأة لجنسها أو لأهل بيتها لا يدخل ولدها لأن ولدها ينسب الى أبيه لا اليها الا أن يكون أبوه من قوم أبيها وقرابته قال رحمه الله ﴿وان أوصى لأقاربه أو لذوي قرابته أو لأرحامه أو لأنسابه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان والولد والوارث ويكون للاثنين فصاعدا﴾ وهذا عند أبي حنيفة وقالا الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام وان لم يسلم بعد ان أدرك الاسلام أو أسلم على ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في مثل أبي طالب وعلي رضي الله عنه اذا وقعت الوصية لأقرباء النبي صلى الله عليه وسلم لا يدخل فيه أولاد أبي طالب وعلي هذا وقعت الوصية على قول من شرط الاسلام ويدخلون على قول من شرط ادراك الاسلام ومن شرط اسلامه صرفه الى أولاد علي لا غير ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالاجماع لأنه لم يدرك الاسلام لهما ان الاسم يتناول الكل لأن لفظة القريب حقيقة للكل اذ هي مشتقة من القرابة فيكون اسما لكل من قامت به فيتناول مواضع الخلاف ضرورة ولأبي حنيفة ان الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب فكذا في أخته لأن الأخت لا تخالف الأخت في الأحكام ولأن المقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة الواجب وهو صلة الرحم والوجوب يختص بذي الرحم المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فان كلا منهما قيده بما ذكره والامام الشافعي قيده بالأب الأدنى ولا تدخل قرابة الأولاد عنده لأنهم لا يسمون أقرباء عادة ومن يسمي والده قريبا يكون منه عقوقا اذ القريب في عرف أهل اللغة من تقرب الى غيره بواسطة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولهذا عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى الوصية للوالدين والأقربين والعطف للمغايرة ولو كان منهم لما عطفوا عليهم ولا يدخل فيه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف انهم لا يدخلون وقيل ما ذكراه من أنه يصرف الى أقصى أب له في الاسلام كان في ذلك الزمان حين لم يكن في أقرباء الانسان الذين ينسبون الى أقصى أب له في الاسلام كثرة وأما في زماننا ففيهم كثرة لا يمكن احصاؤهم فيصرف الوصية الى أولاد أبيه وجده وجد أبيه وأولاد أمه وجدته وجدة أمه ولا يصرف الى أكثر من ذلك ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والأنثى على المذهبين وانما يكون للاثنين فصاعدا عنده لأن المذكور فيه بلفظ الجمع وفي الميراث يراد بالجمع المثنى فكذا في الوصية لأنها أخته قال الزيلعي عفي عنه هذا ظاهر في الأقارب وأما في الأنساب فمشكل لأنه جمع نسب وفيه لا تدخل قرابته من جهة الأم فكيف دخلوا فيه هنا قال في الأصل ولو ترك الموصي ولدا يحوز ميراثه وترك عمين وخالين فالوصية عند أبي حنيفة للعمين وانما شرط قيام الولد كيلا يكون العمان وارثين وعند أبي يوسف ومحمد الوصية بين العمين والخالين أرباعا لاستوائهم في تناول اسم القريب ولو كان عما وخالين فللعم النصف والباقي للخالين عند أبي حنيفة وعندهما الوصية بينهم بالسوية وان ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة عند أبي حنيفة وفي الكافي اذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان

فالوصية لعميه عند أبي حنيفة وعندهما يقسم بينهم أرباعا وكذا في قوله لأرحامه ولذوي أرحامه ولأنسابه ولذوي أنسابه ولو قال لذوي قرابته أو لذي نسبته أو لقرابته فالجواب ما ذكرنا دهما لا يعتبر الجمع عند أبي حنيفة فإنه يدخل تحت الوصية الأقرب فالأقرب والواحد فصاعدا بالاتفاق وفي الكافي ولو أوصى لذوي قرابته لا يشترط فيه الجمع لاستحقاق الكل حتى لو كان له عم وخالان فكله للعم عنده قال يعتبر في هذه المسائل قرابة الموصى له وقت موت الموصي لا وقت الإيصاء قال في الأصل وإن لم يكن للموصي ذو رحم في هذه المسائل فالوصية باطلة عند أبي حنيفة وفي النوازل وفي الظهيرية الوصية للقرابة إذا كانوا لا يحصون اختلف المشايخ في جوازها قال بعضهم إنها باطلة وقال محمد بن سلمة إنها جائزة وعليه الفتوى لأنها قربة بالكفر ونهاية ولو أوصى بثلث ماله لأهل بيته دخل في الوصية كل من يتصل به من قبل آبائه إلى أقصى أب له في الإسلام يستوي فيه المسلم والكافر والذكر والأنثى والمحرم والقريب والبعيد ونسب الإنسان من قبل أبيه وكل من يتصل به من قبل آبائه إلى أقصى أب في الإسلام فهو من أهل بيت نسبته فيدخل تحت الوصية ولا يدخل تحت الوصية أولاد البنات قال إلا إذا كان أزواجهن من بني أعمام الموصي وعشيرته ولا يدخل فيه أولاد الأخوات ولا أحد من قرابة أم الموصي وإذا أوصى لجنسه فهذا وما لو أوصى لأهل بيته سواء لأن الإنسان من جنس قوم أبيه ألا ترى أن إبراهيم ولد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قرشيا وكذلك أولاد الخلفاء يصلحون للخلافة وإن كان أكثرهم من الإماء واعتبروا من جنس قوم آبائهم فصار قوله وجنسه وقوله لأهل بيته سواء وكل من يتصل به إلى أقصى أب في الإسلام يدخل تحت الوصية إن أوصى لآله فهذا وما لو أوصى لأهل بيته سواء لأنهم يستعملون استعمالا واحدا يقال آل محمد وأهل بيت محمد وآل عباس وأهل بيت عباس إذا أوصى بثلث ماله لأهله أو لأهل فلان فالوصية للزوجة خاصة دون من سواها قياسا إلا أنا استحسنا وجعلنا الوصية لكل من يكون في عياله وتلزمه نفقتهم ويضمهم بيته ولا يدخل تحت الوصية مماليكه فلو كان أهل في بلدين أو في بيتين دخلوا تحت الوصية لعموم اللفظ قال رحمه الله ﴿فإن كان له عمان وخالان فهي لعميه﴾ لأنهما أقرب كما في الإرث ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية على ما بينا فكذا هنا وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يكون بينهم أرباعا لأنهم لا يعتبرون الأقرب وقد تقدم قال رحمه الله ﴿ولو كان له عم وخالان كان له النصف ولهما النصف﴾ أي لو كان له عم وخالان كان للعم نصف ما أوصى به وللخالين النصف لأن اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية على ما عرف فيضم إلى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف لأنه أقرب ويأخذان النصف بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون جميع اعتبار الوصية للعم إذ هو الأقرب ولو كان له عم واحد لا غير كان له نصف الوصية لما بينا أنه لا بد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف إلى الورثة لعدم من يستحقه لأن اللفظ جمع وأدناه اثنان في الوصية فيكون لكل واحد منهما النصف والنصف الآخر يرد إلى الورثة قال رحمه الله ﴿ولو له عم وعمة استويا﴾ لأن قرابتهما مستويان ومعنى الجمع قد تحقق فيهما فاستحقاها حتى لو كان له أخوال معهما لا يستحقون شيئا لأنهما أقرب ولا حاجة إلى الضم إليهما لكمال النصاب فيهما ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها متقيدة بهذا فلا بد من مراعاته وهذا كله عند أبي حنيفة وعندهما الأنسال ولا تختص الأعمام بالوصية دون الأخوال لما عرف من مذهبهما وقدمنا بيانه قال رحمه الله ﴿ولولد فلان للذكر والأنثى سواء﴾ يعني لو أوصى لأولاد فلان للذكر والأنثى سواء لأن اسم الولد يشمل الكل وليس في اللفظ شيء يقتضي التفضيل فتكون الوصية بينهم على السواء قال في العيني على الهداية قال الفقيه أبو الليث ولو أوصى لولد فلان ولفلان ولد الصلب وله ولد ولده فالوصية كلها له وليس لولد الولد شيء وقال شمس الأئمة في شرح الكافي لو كان له ولد واحد ذكر أو أنثى فجميع الوصية له وذكر الكرخي بخلاف ذلك فقال إذا أوصى بثلث ماله لولد فلان وله ولد الصلب ذكرا أو أنثى كان الثلث لهم بعد أن يكونا اثنين فصاعدا ولم يكن لولد ولده شيء ولو كان لصلبه واحد وله ولد ولد كان للذي لصلبه نصف الثلث ذكرا كان أو أنثى وكان ما بقي لولد ولده بالسوية الذكر والأنثى وهذا كله قول أبي حنيفة اهـ ولو أوصى لولد فلان أولاد فلان فهذا على وجهين إما إن كان فلان أبا قبيلة يعني أبا جماعة كثيرة كتميم لبني تميم وأسد لبني أسد أو كان فلان أبا خاص ليس بأب لجماعة كثيرة واعلم أن أولى الأسامي في هذا الباب الشعب بفتح الشين سمي شعبا لتشعب القبائل منها ولهذا بدأ الله تعالى بذكره فقال يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ثم القبيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ ثم الفصيلة فمضر شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم أبو جد النبي صلى الله عليه وسلم فخذ وعبد المطلب فصيلة وإذا أوصى لبني قريش وقريش عمارة فإنه لا يدخل تحت الوصية أولاد مضر وكنانة وتدخل أولاد قريش

واولاد

وأولاد قصي وهاشم وأولاده والعباس وأولاده واذا أوصى لبني قصي وهم نسله فانه لا يدخل تحت الوصية أولاد مضر وكنانة وأولاد قريش ويدخل من دونهم واذا أوصى لبني هاشم الذي هو جد فانه لا يدخل تحت الوصية من فوقهم ويدخل من دونهم من أولاد الفصيلة ولو أوصى لبني الفصيلة فانه يدخل تحت الوصية أولاد العباس وأولاد أبي طالب وأولاد علي ولا يدخل من فوقهم قال الشيخ الزاهد أحمد الطواويسي مثال الفخذ مضر ومثال البطن بنو هاشم ومثال القبيلة قريش ومثال الشعب العرب وفي الذخيرة واذا أوصى لولد علي وهم جد لا يدخل تحته من فوقهم وهم أولاد قريش لانهم فوقهم فاذا عرفنا هذه الجملة جئنا الى المسئلة التي ذكرناها وهو ما اذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وفلان القبيلة وله أولاد ذكور واناث فان ثلث ماله يكون بين الذكور والاناث من أولاده بالسوية اذا كانوا يحصون بالاجماع وان كن اناثا كان ولم يذكره في الكتاب قالوا ينبغي أن يكون الثلث لهن وان كانوا ذكورا كلهم يستحقون كله فاما اذا كان فلان أبا واحدا وله أولاد ذكور كلهم فان ثلث ماله لهم وان كان الاولاد اناثا كان لا شيء لهن وان كان فلان أبا خاصا وأولاد فلان ذكورا أو اناثا اختلفوا فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف الوصية للذكور منهم دون الاناث وقال محمد ان الوصية للذكور والاناث بينهم بالسوية اذا كانوا يحصون وقد روى يوسف بن خالد السمتي عن أبي حنيفة مثل قول محمد حكى الكرخي انه كان يقول ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة الآخر وما رواه يوسف بن خالد السمتي قوله الاول وكان يحمل لأبي حنيفة قولا كان أولا وآخرا في هذه المسئلة فيقول قوله الأول قياس وقوله الآخر استحسان فان لم يكن لفلان أولاد صلبية وكان له أولاد أولاد هل يدخلون تحت الوصية يدخلون كلهم وان كان له أولاد بنات فانهم لا يدخلون تحت الوصية وان كانوا ذكورا كلهم أو كانوا ذكورا واناثا لا غير وان كان أولاد البنات اناثا كان فلا شك انه لا شيء لهن وفي الذخيرة سئل عن هذه المسئلة فقال أولاد البنات لا يدخلون تحت الوصية ثم أنشد

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا ❊ بنوهن أبناء الرجال الاباعد

هذا اذا أوصى لبني فلان فأما اذا أوصى لولد فلان ولفلان بنات لا غير دخلن تحت الوصية بخلاف ما لو أوصى لبني فلان ولفلان بنات لا شيء لهن فان كان لفلان بنون وبنات فالثلث بينهم عندهم جميعا ويكون ثلث ماله بينهم بالسوية لا يفضل الذكور على الاناث قال فان كانت له امرأة حامل دخل ما في بطنها في الوصية أيضا ولا تدخل أولاد الاولاد تحت هذه الوصية كولد فلان وولد فلان وولد فلان في الحقيقة من يولد لفلان والذي يولد منه ابنه وابنته لصلبه وأما ولد ابنه أو ابنته يولد من ابنه أو ابنته ولم يتولد من فلان وكان حقيقة هذا الاسم لولد الصلب فما دام لفلان ولد صلبه لا يدخل ولد ابنه وهذا اذا كان فلان أبا خاصا فاذا كان هو أبا فخذ فأولاد الاولاد يدخلون تحت الوصية حال قيام ولد الصلب وان لم يكن له ولد الا ولدا واحدا كان الثلث له بخلاف ما لو أوصى لاولاد فلان وله ولد واحد فانه يستحق النصف واذا أوصى لاولاد فلان وليس لفلان أولاد لصلبه يدخل تحت الوصية أولاد البنين وهل يدخل فيه أولاد البنات فيه روايتان في دخول بني البنات أما بنات البنات لا يدخلون في الوصية رواية واحدة ولو أوصى لاولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم العلوية والشيعية والفقهاء والعلماء وأصحاب الحديث تحت الوصية وسئل الفقيه أبو جعفر عن رجل أوصى لاولاد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن أبا نصر بن يحيى كان يقول الوصية لاولاد الحسن والحسين ولا تكون لغيرهما ٧ وأما العمرية فهل يدخلون في هذه الوصية قال يعطى كل من كان ينسب الى الحسن والحسين ولا يكون لغيرهما فأما العمرية فهل يدخلون في هذه الوصية ويتصل بما يدخل في هذه الوصية لانه كان رضي الله عنه زوج ابنتيه من ولد عمر رضي الله عنه واذا أوصى للعلوية فقد حكي عن الفقيه أبي جعفر انه لا يجوز لانهم لا يحصون وليس في هذا الاسم ما ينبئ عن الفقر أو دي الحاجة ولو أوصى لفقراء العلوية يجوز وعلى هذا الوصية للفقهاء لا تجوز ولو أوصى لفقرائهم يجوز وقد حكي عن بعض مشايخنا ان الوقف على معلمي الصبيان في المساجد يجوز لان عامتهم فقراء والفقر فيهم هو الغالب فصار حكم غلبة الفقر كالمشروط قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني كان الامام الناصحي يقول على هذا القياس اذا أوصى لطلبة علم كورة كذا أو لطلبة علم كذا يجوز ولو أعطى الوصي واحدا من فقراء الطلبة أو من فقراء العلوية جاز عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز الا اذا صرف الى اثنين منهم واذا أوصى للشيعة ومحبيه قال محمد اعلم بان كل مسلم شيعة ومحب لآل رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما وقع عليهم الوهم من انهم الذين يعرفون بالميل اليهم وصاروا موسومين بذلك دون غيرهم فقد قيل الوصية باطلة قياسا اذا كانوا لا يحصون واذا أوصى لفقراء الفقهاء حكي عن الفقيه أبي جعفر انه قال الفقيه عندنا من بلغ من الفقه الغاية وليس المتفقه بفقيه وليس له من الوصية نصيب قال الفقيه أبو جعفر انه لم يكن في بلدنا أحد يسمى فقيها غير

أبي بكر الأعمش شيخنا وقد أهدى أبو بكر الفارسي مالا كثيرا لطلبة العلم حين نادوه في مجلس أيها الفقيه وإذا أوصى لأهل
العلم ببلدة كذا فإنه يدخل فيه أهل الفقه وأهل الحديث ولا يدخل من يتعلم الحكمة وفي الخانية ولا يدخل من يتعلم الحكمة
مثل كلام الفلسفة وغيره لأن هؤلاء يسمون المتفلسفة لا طلبة علم وهل يدخل فيه المتكلمون فلا ذكر لهذه المسألة أيضا في
الكتب وعن أبي القاسم أن كتب الكلام ليست كتب علم يعني في العرف لا يسبق إلى الفهم فلا يدخل تحت كتب العلم وعلى
قياس هذه المسألة لا يدخل في الوصية المتكلمون وإذا أوصى بثلث ماله على فقراء طلبة العلم من أصحاب الحديث الذين يختلفون
إلى مدرسة منسوبة في كورة كذا فالمتعلم للفقه إذا لم يكن من جملة أصحاب الحديث لا يتناول شفعوي المذهب ويتناول من يقرأ
الأحاديث ويسمع ويكون في طلب ذلك سواء كان شفعوي المذهب أو حنفي المذهب أو غير ذلك ومن كان شفعوي المذهب إلا أنه
لا يقرأ الأحاديث ولا يسمع ولا يكون في طلب ذلك لا يتناوله اسم أصحاب الأحاديث قال في المحيط ولو أوصى لبني فلان فإن كانوا
لا يحصون فالوصية باطلة لأنا عجزنا عن تنفيذ هذه الوصية لأنه لا يمكنه تنفيذها للكل لأنهم لا يحصون فبطلت الوصية كما لو أوصى
لواحد من عرض الناس بخلاف ما لو أوصى للفقراء لأن الوصية للفقراء وقعت لله تعالى والفقراء مصارف ولهذا لا يرتد بردهم
وجاز صرفها إلى الواحد منهم عند أبي يوسف لأنه واحد معلوم فوقعت الوصية له بخلاف الوصية لبني فلان لأنها تناولت الأغنياء
كما تناولت الفقراء فيقع للمعين لا لله تعالى حتى يرتد برده ولو أوصى لبني فلان وهم لا يحصون فإن كانوا فقراء جازت الوصية لأنها
وقعت لله تعالى وإن كانوا أغنياء لا يجوز لأنها ما وقعت للعباد وقد تعذر تنفيذها ثم لا يخلو إما إن كان فلان أبا قبيلة أو فلان أب
أو جد فإن كان فلان أبا قبيلة وهم ذكور وإناث فالثلث بينهم بالسوية إن كانوا يحصون لأن النساء إذا اختلطن بالرجال يدخلن في
خطاب الرجال قال الله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة وقد تناول ذلك الرجال والنساء جميعا وقوله تعالى فإن كان له إخوة
فلأمه السدس قد تناول الذكور والإناث فإن كن إناثا خلصا لم يذكره في الكتاب وقالوا على قياس تعليل محمد هذه المسألة يكون
الثلث لهن لأنه ذكر وقال يحسن أن يقال هذه المرأة من بني فلان إذا كان فلان أبا أو جدا وله أولاد بنات فلا شيء لهن وإن كانوا
ذكورا وبنات فالثلث للذكور خاصة عند أبي حنيفة وعندهما للذكور والإناث وذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف
مع أبي حنيفة وهو الأصح وعند محمد يدخل الإناث لمحمد أن الإناث متى اختلطت بالذكور يتبعن الذكور ويغلب الذكور على
الإناث فإنه يقال بنو آدم وبنو هاشم وبنو تميم فإنه يتناول الذكور والإناث ولهذا لو أوصى لإخوة فلان دخل الإخوة والأخوات
تحت الوصية لما ذكرنا من الآية ولهما أن حقيقة هذا اللفظ يطلق على الذكور خاصة وإنما يطلق على الذكور والإناث حالة الاختلاط
مجازا والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن مع أن في استعمال هذا المجاز اشتراكا لأن فلانا إذا كان أبا أو جدا فكما يذكر اسم الابن
ويراد به الذكور والإناث يذكر ويراد به الذكور خاصة دون الإناث لأنه قد تخلو أولاده عن الإناث وإطلاق هذا الاسم على
الذكور خاصة حقيقة مستعملة وعلى الإناث خاصة مجاز غير مستعمل حالة الاختلاط وقع الشك في دخول الإناث تحت الوصية فلا
تدخل بالشك بخلاف ما لو أوصى لبني تميم لأن المقصود ليس هو الأعيان والأشخاص وإنما المقصود مجرد الانتساب والوصية للإخوة
على هذا الخلاف فتكون وصية للإخوة دون الأخوات عندهما لأن اسم الإخوة لا يتناول الأخوات بحقيقته بل بمجازه ولهذا
قال الله تعالى فإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين فقد فسر الإخوة بالرجال والنساء ولو تناول اسم الإخوة
الأخوات لم يحتج إلى هذا التفصيل ولو وجد في الوصية مثل هذا التفسير بأن قال لإخوة فلان رجالا ونساء دخلت الأخوات فيها
وليس لولد الولد شيء وإن كانوا مع ولد الصلب وإن لم يكن لفلان ولد صلب فالوصية لابن ابنه دون بنات ابنه لأن ولد الابن يسمى ولدا
إلا أنه ناقص في الإضافة والانتساب إليه لأنه يضاف إليه بواسطة والناقص لا يدخل تحت مطلق اسم المضاف كأولاد البنات فعند
الإطلاق يحمل على ولد الصلب لأنه أحق بهذا الاسم فإن تعذر حمله على الحقيقة حمل على المجاز تحريا للجواز ولأن ابن الابن قائم
مقام ابن الصلب حال عدم الصلب في الميراث نصا واستحقاقا وسقط اعتبار نقصان الإضافة إليه شرعا فكذلك الوصية لأنها أخت
الميراث ولو أوصى لبني فلان بالثلث ولم يكن لفلان بنون يوم الوصية فهو لبنيه الذين حدثوا قبل موت الموصي لأن الوصية تمليك من
الموصي للموصى له بعد الموت فيعتبر وجود الموصى له وقت موت الموصي ولهذا صحت الوصية بثلث ماله وإن لم يكن له مال عند الوصية
وإن كان لفلان بنون أربعة وولد له آخران ثم مات الموصي فالثلث للباقين والمولودين سواء لأنه متى أضاف الوصية إلى بني فلان

مطلقا ولم يسمهم تقع الوصية لبنيه الموجودين وقت الموت لا لبنيه الموجودين وقت الوصية لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر الثابت وقت الموت حتى لو قال أوصيت بالثلث لبني فلان هؤلاء وسماهم تقع لبنيه الموجودين وقت الوصية حتى لو ماتوا بطل ثم لا يكون لبنيه الموجودين عند الموت ولو قال لولد فلان دخل الذكور والاناث لان الولد يتناول الكل حقيقة وكذلك الجنين لانه ولد وانما تصح الوصية للجنين بشرط أن ينفصل حيا وتعليق الوصية بالشرط والاخطار جائزة فان الوصية بالمعدوم للمعدوم جائز وان كان له بنات وبنو ابن فالوصية للبنات لان اسم الولد يتناول البنات الصلبية حقيقة وولد الابن مجازا لان الاسم مشتق من التولد والفرع والبنت الصلبية متولدة عنه حقيقة وولد الابن متولد بواسطة فان لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن الذكور والاناث سواء كان ولد الابن مضافا أو منسوبا اليه بواسطة الابن وفي الاصل فاليه نوع قصور فعند الاطلاق ينصرف الاسم الى الولد الصلبي لانه أحق وعند عدمه يحمل على ولد الابن مجازا لا شيء لولد البنت لان ولد البنت غير منسوب اليه ومضاف اليه لانه من جهة الآباء دون الامهات على ما مر شرحه في كتاب الوقف ولو لم يكن له الا ولد واحد فكل الثلث له لان اسم الولد يتناول الواحد فصاعدا ولو أوصى بالثلث لابكار ولد فلان وله أولاد بعضهم أبناء سبعين وبعضهم أبناء ستين وبعضهم أبناء أربعين فالوصية لابناء ما زاد على الخمسين أو في النصف الاول شيء فكذلك البنت اذا قال لأبكار وفي الاحرار ولو قال ثلث مالي لبني بني فلان وبني فلان ولاحدهما ثلاث بنين وللآخر واحد كان الثلث بينهم على عدد رؤسهم فان لم يكن للآخر ابن رد نصف الثلث الى الورثة ولو قال بين أعمامي وأخوالي وله عم وخال فالثلث بينهم لان أقل الجمع في باب الوصية والميراث اثنان لما بينا وان كان له عم واحد أو عمان وليس له خال رد نصف الثلث للورثة ولو قال لاخوالي وله أخ واحد وهو يعلم أو لا يعلم فله نصف الثلث ولو قال ثلث مالي لفلان ولبنيه وللمساكين فاذا لفلان ابن واحد فالثلث بينهما أرباعا لفلان سهم ولابنه سهم وللمساكين سهم ويرجع سهم الى الورثة لانه قال لبني فلان والابن الواحد لا يكون بنين ويكون الا بان بني فلان لان اسم الجمع يطلق على الاثنين ولو أوصى بثلثه لآل فلان أو لأهل بيت فلان وليس له بيت ولا قرابة فانه يعطى الرجل الذي سماه وعياله الذي يعوله من ولده ويدخل امرأته فيهم

الفتاوى رجل أوصى بثلث ماله لبني فلان وهم ثلاثة فمات قبل موت الموصي فان كان أبوهم حيا فثلث بينهما نصفان وان كان ميتا بطل ثلث الوصية فالثلثان بينهما نصفان قال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ لان أباهم لو مات لا يبقى له ولد سواهما فانصرفت الوصية الى عددهما فصار كأنه قال ثلث مالي لفلان وفلان فلما مات أحدهم بطل وصيته واذا أوصى بثلثه لقرابة بني فلان وهم لا يحصون دخل مواليهم وموالي مواليهم وموالي الموالاة وحلفاؤهم يقسمه بين من يقدر عليه منهم بالسوية لان كل قريب من هؤلاء ينسبون الى فلان بالبنوة قال عليه الصلاة والسلام ان مولى القوم منهم وحليف القوم منهم والحليف من والى قوما ويحلفون له على الموالاة والقريب من انضم بغير حلف وان أعطى الكل أو واحدا منهم جاز عند أبي يوسف وقال محمد يعطيه اثنين فصاعدا لما يأتي في باب الوصية للفقراء وان كان فلان أبا خاصا وليس بأبي قبيلة ولا جد فالثلث لبنيه لصلبه ولم يدخل الموالي والحليف في الوصية لان مواليهم أبعد الى فلان من بنيه وبنو بنيه لا يدخلون تحت الوصية فالموالي أولى لانهم لا ينسبون اليه اذا لم يكن القبيلة مضافة اليه ولو أوصى ليتامى أو أرامل بني فلان فالوصية جائزة يحصون أو لا قال في الاصل واليتيم كل من مات أبوه ولم يبلغ الحلم غنيا كان أو فقيرا وقول محمد حجة في اللغة لانه من أرباب اللغة وهكذا قال الخليل ولهذا قال عليه الصلاة والسلام لا يتم بعد الحلم ثم اليتم في اللغة مأخوذ من اليتم وهو الانفراد والمباينة عن الشيء كما يقال هذه الدرة يتيمة لانفرادها عن أشكالها ونظائرها وتسمى المرأة يتيمة مجازا لانفرادها عن قوة الشباب الا انه في عرف الشرع اسم لمن انفرد عن أبيه في حال صغره والارملة كل امرأة فقيرة فارقها زوجها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل وقول محمد حجة وهكذا قال صاحب الزاهر والارملة المرأة التي لا زوج لها مأخوذ من قولهم أرمل القوم اذا فني زادهم والذكر يسمى أرملا مجازا ثم اليتامى ان كانوا يحصون فالثلث بينهم بالسوية يدخل الغني والفقير فيه وان كانوا لا يحصون فهو للفقراء خاصة من يقدر عليهم منهم لان اليتامى يذكرون ويراد بهم الفقراء المحتاجون قال الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الآية ذكر اليتامى وأراد بهم المحتاجين وهذا ليس ان اسم اليتيم لغة ما ينبئ عن الحاجة فيكون هذا وصية بصدقة والوصية بالصدقة وصية لله تعالى فيكون جائزة لان الله تعالى معلوم ويكون تخصيص المحتاجين الى من قوم مقامهم باضافة الوصية اليهم تصحيحا له ولو أعطاه واحدا فعلى الخلاف الذي مر فان أوصى بثلثه لايامى بني فلان أو ثيب

بني فلان وهم أبكار بني فلان ولم يحصوا فالوصية باطلة لجهالة الموصى له وليس في اسم الأيم ما ينبئ عن الحاجة حتى يحمل على الوصية بالصدقة بخلاف الأرامل واليتامى على ما مر فإن كن يحصين فهو بينهن بالسوية والأيم كل امرأة لا زوج لها سواء جامعت حراما أو حلالا بلغت أو لم تبلغ غنية أو فقيرة وقال الكرخي وأبو القاسم الصفار الجماع والأنوثة ليست بشرط لثبوت هذا الاسم حتى قالا إن الرجل والبكر إذا انفردا دخلا تحت الوصية بدليل قول الشاعر

إن القبور تنكح الأيامى ❊ النسوة الأرامل اليتامى

والقبور كما تضم الثيب تضم البكر والصحيح قول محمد لأنه حجة في اللغة كذا قاله الخليل بن أحمد في العين ولهذا قال عليه الصلاة والسلام الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها عطف البكر على الأيم والمعطوف غير المعطوف عليه قال رحمه الله ﴿ولورثة فلان للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ يعني لو قال ثلث مالي لورثة فلان يدفع للذكر مثل حظ الأنثيين لأنه اسم مشتق من الوراثة وترتيب الاسم على المشتق يدل على العلية ألا ترى أن الله تعالى لما نص على الوراثة بقوله وعلى الوارث مثل ذلك ترتب الحكم عليها حتى وجبت النفقة بقدرها ثم شرط هذه الوصية أن يموت فلان الموصى لورثته قبل موت الموصي حتى تعرف ورثته منهم حتى لو مات الموصي قبل موت الموصى لورثته بطلت الوصية بخلاف ما إذا أوصى لولده ولو كان مع ورثته موصى له آخر قسم بينهم وبينه على الرؤس ثم ما أصاب الورثة جمع وقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين

﴿باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة﴾

لما فرغ من بيان الوصية المتعلقة بالأعيان شرع في بيان الوصية المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لأن المنافع بعد الأعيان وجودا فأخرها عنها وضعا قال رحمه الله ﴿وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبدا﴾ لأن المنافع يصح تمليكها في حال الحياة ببدل أو بغير بدل وكذا بعد الممات للحاجة كما في حكم الأعيان ويكون محبوسا على ملك الميت في حق المنفعة حتى يستوفيه الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه المنافع على حكم ملك الواقف قال في الاختيار شرح المختار وليس للموصى له أن يؤجرها لأنه ملك المنافع بغير بدل والذي يملك أن يؤجره والذي يملك المنافع بعوض قال في الهداية وليس له أن يخرج العبد من بلد الموصي إلا إذا كان الموصى له وأهله في بلد أخرى فيخرجه إلى بلده لخدمته لأن المقصود من الوصية الخدمة ومتى أمكن توصله إلى الخدمة من بلد الموصي فلا يخرجه منها وأفاد بقوله مدة وأبدا أنه يجوز مؤبدة ومؤقتة كما في العارية وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له وذلك في عين حق والمنفعة عوض يعني وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة لأنها بدل المنفعة والجواز للوصية بها للحاجة وهي تشمل الكل إذ الموصي يحتاج إلى التقرب إلى الله تعالى بما يقدر عليه وكذا الموصى له يحتاج إلى قضاء حاجته بأي شيء كان قال رحمه الله ﴿فإن خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه﴾ لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة فيه قال في الأصل عن ابن عباس أن الوصية بخدمة الرقيق وسكنى الدار وغلة الرقيق والدور والأرضين والبساتين جائزة في قول علمائنا رحمهم الله تعالى وإذا جازت الوصية بخدمة الرقيق وسكنى الدور وغلة الرقيق فنقول إذا أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولا مال له غيره فهذا على وجهين إما أن تكون السنة معينة بأن قال أوصيت بخدمة هذا العبد مثلا سنة سبعين وأربعمائة أو كانت غير معينة بأن لم يقل سنة كذا وكل وجه من ذلك على وجهين إما أن يكون العبد يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج من ثلث ماله فإن أوصى له بخدمة عبده في سنة بعينها ومضت تلك السنة بعينها قبل موت الموصي بطلت الوصية وإن مات الموصي قبل دخول تلك السنة التي عينها ثم دخلت تلك السنة التي عينها ينظر إلى العبد إن كان العبد يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج من ثلث ماله ولكن أجازت الورثة الوصية فإنه يسلم العبد الموصى به إليه حتى يستوفي وصيته وإن كان لا يخرج العبد من الثلث ولم تجز الورثة الوصية فإن العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها فإذا مضت تلك السنة التي عينها سلم العبد للورثة هذا إذا كانت السنة بعينها وإن كانت السنة بغير عينها إن كان العبد يخرج من ثلث ماله أو لا يخرج وقد أجازوا فيسلم العبد إلى الموصى له حتى يستخدمه سنة كاملة ثم يرده على الورثة فإن كان العبد لا يخرج من ثلث ماله ولم تجز الورثة فإنه يخدم الموصى له الخدمة وكان يجب أن يعين السنة التي وجد فيها الموت وكل جواب عرفته فيما إذا أوصى له بخدمة عبده سنة فهو الجواب فيما إذا أوصى له بغلة داره سنة أو سكنى داره سنة عين السنة أو لم يعين السنة إلى آخر ما ذكرنا في الخدمة وفي المنتقى برواية المعلى عن أبي يوسف إذا أوصى لرجل بسكنى داره ولم يوقت كان ذلك ما عاش وعن محمد عن أبي حنيفة إذا أوصى

بغلة عبده هذا لفلان ولم يسم وقتا وهو يخرج من ثلث ماله فله غلته حال حياته وإن كانت الغلة أكثر من الثلث وكذلك الوصية بغلة البستان أو سكنى الدار أو خدمة العبد وهو قول أبي يوسف ومحمد وفي نوادر بشر عن أبي يوسف إذا أوصى بخدمة عبده أو سكنى داره لعبد رجل جاز للعبد الموصى له ولا يجوز لمولاه ويسكن العبد الدار ولا يسكن مولاه فإن مات العبد الموصى به بطلت الوصية وإن بيع أو أعتق فبقيه الوصية وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رجل أوصى أن يخدم عبده فلانا حتى يستغني فإن كان فلان صغيرا فخدمه حتى يدرك وإن كان كبيرا فالوصية باطلة قال وإذا أوصى لهما بالسكنى فالسكنى بينهما بخلاف العبد فإنه يقسم الخدمة بينهما ولم يقسم العين وفي الكافي ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضا إلا أن الأول أولى ولو أوصى له بغلة عبده أو ثمرة بستانه فإنه يجوز ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث الغلة والثمرة بخلاف الخدمة وليس للورثة بيع ما في أيديهم من ثلثي الدار وعن أبي يوسف أن لهم ذلك ولو خرب ما في يده من الدار كان له أن يزاحم الورثة فيما في أيديهم ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه وسكنها بنفسه قيل يجوز ذلك قال والأصح أنه لا يجوز وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤجر العبد أو الدار وفي الظهيرية وعليه الفتوى وقال الشافعي له ذلك وإذا أوصى رجل بثمرة بستانه فهو على وجهين أما إن قال أبدا أو لم يقل فإن كان في بستانه ثمر وهو يخرج من ثلث ماله كان له ذلك ولم يكن له ما يحدث من الثمار بعد ذلك إلى أن يموت هذا إذا كان في البستان ثمار قائمة يوم الموت فأما إذا لم يكن في البستان ثمار قائمة بعد الموت فالقياس أن تبطل الوصية ولا تنصرف الوصية إلى ما يحدث من الثمار بعد الموت ولكن في الاستحسان لا تبطل الوصية ويكون للموصى له ما يحدث من الثمار بعد موت الموصى إذا كان البستان يخرج من ثلث ماله وهذا الذي ذكرنا كله إذا لم ينص على الأبد فأما إذا قال أوصيت لك بثمرة بستاني أبدا فحدث في البستان شجر من أصول النخيل وأثمر دخل غلة ذلك في الوصية وإن قاسم الوصي الموصى له بثلث غلة البستان مع الورثة فأغل الذي لهم ولم يغل الذي له فإنه يشاركهم ويشاركونه في الغلة قال وللورثة أن يبيعوا ثلثي البستان فيكون المشتري شريكا للموصى له بالغلة بخلاف ما لو باعوا الكل فإنه لا يجوز البيع في حصة الثلث وفي المنتقى إذا أوصى بسكنى داره لرجل ولا مال له غيرها قال أبو حنيفة ليس للورثة أن يبيعوا الثلثين وقال أبو يوسف لهم أن يبيعوا الثلثين ولهم أن يقاسموا فيكون لصاحب الوصية الثلث قال أبو حنيفة لو كانت هذه الوصية بغلة الدار كان للموصى له ثلث الغلة ولم يكن لهم أن يقسموا الدار فإذا خاف إذا قسمت أن لا تغل فليس له شيء وقال أبو يوسف يقاسمون فيكون له الثلث فإذا أغل فهو له وإن لم يغل فليس له شيء وللورثة أن يبيعوا ثلثيهم قبل القسمة وبعدها وإذا أوصى الرجل لرجل بغلة أرضه وليس عليها نخل ولا شجر وليس له مال غيرها فإنها تؤجر فيعطى صاحب الغلة ثلث الأجر وإن كان فيها شجر أعطي ثلث ما يخرج من النخيل ولا يدفع له مزارعة بالنصف أو الثلث وإن كانت الزراعة إجارة الأرض إذا كان البذر من قبل العامل لأنها ليست بإجارة من كل وجه بل إجارة وشركة حتى إذا لم تخرج الأرض شيئا لا يكون لصاحب الأرض شيء وقد ذكرنا أن الوصية باسم الغلة تنصرف إلى الإجارة من كل وجه ولم تنصرف إلى المزارعة وإذا أوصى أن تؤجر أرضه من فلان سنين مسماة كل سنة بكذا وهي جميع ماله فإنه ينظر إلى أجر مثلها فإن كان سمى أجر مثلها وجب تنفيذ هذه الوصية وإن كان المسمى أقل من أجر مثلها فإن كانت المحاباة بحيث تخرج من ثلث مال الميت فإنه تنفذ هذه الوصية وإن كانت المحاباة بحيث لا تخرج من ثلث مال الميت يقال للموصى له بالإجارة إن أردت أن تؤجر منك هذه الأرض فبلغ الأجر إلى تمام الثلثين فإن بلغ تؤجر الأرض منه وإن لم يبلغ لا تؤجر الأرض منه وكان الجواب في الإجارة كالجواب فيما إذا أوصى أن تباع أرضه من فلان بكذا وذلك جميع ماله فهناك إن كان المسمى مثل قيمة الأرض أو أكثر أو أقل من قيمة الأرض بغبن يسير تباع منه وإن كان بغبن فاحش فإن كان المحاباة بحيث لا تخرج من ثلث ماله يقال للموصى له بالبيع إن أردت أن تباع منك هذه الأرض فبلغ الثمن إلى تمام ثلثي القيمة فإن بلغ تباع الأرض منه وإن لم تبلغ فإنها لا تباع الأرض منه فكذا في الإجارة ومن مشايخنا من قال لا يجوز أن يكون الجواب في الإجارة كالجواب في البيع ومنهم من قال ما ذكره محمد من الجواب صحيح في الإجارة وإذا أوصى وليس له بستان ثم اشترى بستانا ثم مات فالوصية جائزة من الثلث وإذا أوصى لإنسان بشاة من غنمه ولم يقل يوم الموت إن كان في ملكه يوم الوصية صحت الوصية وبقي بها حتى إذا هلكت بعد ذلك بطلت الوصية وإن لم يكن في ملكه غنم يوم الوصية كانت الوصية باطلة ولو قال أوصيت لك بشاة من غنمي يوم الموت فالوصية جائزة وإن لم يكن في ملكه غنم يوم الوصية وإذا أوصى رجل لرجل بغلة بستانه فأغل البستان سنة أو سنتين أو أكثر من ذلك قبل موت الموصى ثم مات الموصى

فليس للموصى له من ثلثها إلا شيء إنما يكون له من الغلة ما يكون في البستان يوم مات الموصي وما يحدث بعد موته في المستقبل إلى أن يموت الموصى له فأما ما يوجد من غلة البستان قبل موت الموصي بعد الوصية فإنه لا يكون للموصى له من ذلك شيء وإذا أوصى رجل لرجل بغلة بستانه ثم إن الموصى له بالغلة اشترى البستان من ورثة الميت فذلك جائز وتبطل وصيته وكذلك لو لم تبعه الورثة ولكنهم تراضوا على شيء دفعوه إليه على أن يسلم الغلة ويبرأ منها فإن ذلك جائز وكذلك الصلح عن سكنى الدار وخدمة العبد جائز وإن كان بيع هذه الحقوق لا يجوز وذكر مسئلة الصلح عن مسئلة التحيل وفي نوادر بشر عن أبي يوسف وذكر فيها القياس والاستحسان وصورة ما ذكر فيه إذا أوصى بغلة نخله ثلاث سنين وصالح عنها وقبض الدراهم منهم فالصلح باطل قياسا لأن هذا صلح عن مجهول لا يدري أيكون أو لا يكون لكن استحسن وأجيز هذا الصلح وإذا أوصى رجل بغلة داره أو بغلة عبده للمساكين جاز ذلك من ثلث ماله وإذا ثبت أن الوصية بالغلة لله تعالى جائزة كالخدمة وإذا أوصى بظهر دابته في سبيل الله لإنسان بعينه جازت هذه الوصية عندهم جميعا فأما إذا أوصى بظهر دابته في سبيل الله ولم يعين أحدا فهذه المسئلة على الخلاف فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز وهو القياس في سبيل الله وعلى قول محمد يجوز سئل أبو بكر عمن أوصى بغلة كرمه لإنسان قال يدخل فيه القوائم والأوراق والحطب والثمر ألا ترى أنه لو دفع الكرم معاملة فكل هذه الأشياء تكون بينهما كذا هنا وفي فتاوى أبي الليث إذا أوصى بثمر كرمه ثلاث سنين للمساكين فمات ولم يحمل كرمه ثلاث سنين شيئا قال نصير بطلت الوصية وفي النوازل وليس على الورثة شيء بعد ذلك وقال محمد بن مسلمة يوقف ذلك الكرم وإن خرج من الثلث يتصدق بغلته ثلاث سنين قال الفقيه قول محمد بن مسلمة موافق لقول أصحابنا فإنهم قالوا فيمن أوصى بخدمة عبده سنة لفلان وفلان غائب حتى رجع فإن العبد يخدمه سنة فلو قبل مجيئه هذه السنة فقدم فلان قبل مضي السنة بطلت الوصية كذلك الغلة وفي العيون إذا أوصى لرجل أن يزرع له في كل سنة في أرضه فالبذر والخراج والسقي على الموصى له فإن أوصى له أن يزرع كل سنة عشرة أجربة فالبذر والسقي والخراج من مال الميت ولو أوصى لرجل بثمر نخل قد طلع أو زرع استحصد أو لم يحصد فالخراج على الموصى له فالأصل فيه أن كل شيء لو أصابته آفة لم يلزم صاحب الأرض الخراج فإذا أوصى به لغيره فعلى الموصى له الخراج وكذلك لو أوصى بثمرة نخله أو زرع قد أدرك فخراجه على الموصى له ولو قطع الثمرة وحصد الزرع ثم أوصى به لرجل فالخراج على الموصي ومما يتصل بهذا الفصل ما قال محمد في الجامع رجل مات وترك عبدا لا مال له غيره وأوصى بخدمة عبده سنة لرجل وأوصى بخدمته سنتين لرجل آخر ثم مات ولا مال له غيره فللورثة أن يجيزوا وإذا لم تجز خدمة العبد تقسم على تسعة أيام للورثة ستة أيام ولهما ثلاثة أيام فإذا مضى ثلاث سنين سلم لورثة الميت رقبته ومنفعته لأنه مال الميت وقد خلا عن الدين والوصية فيكون للورثة ولو كان العبد يخرج من ثلث المال أو لم يخرج بل أجازت الورثة ذلك قسمت خدمة العبد أثلاثا يوما للموصى له بالسنة ويومين للموصى له بالسنتين فيحصل استيفاء الوصيتين في ثلاث سنين ولا حق للورثة في خدمة العبد ولو كان أوصى لرجل بخدمة العبد سنة سبعين ومائة ولآخر سنة إحدى وسبعين ومائة والخدمة والعبد لا يخرج من الثلث ولم تجز الورثة قسمت الخدمة في سنة إحدى وسبعين ومائة على ستة أيام للورثة أربعة أيام ولكل واحد من الموصى لهما يوم وإذا مضت هذه الوصية تبطل وصية الموصى له بسنة سبعين وفي سنة إحدى وسبعين تقسم خدمة العبد أثلاثا على ثلاثة يوم للموصى له بسنة إحدى وسبعين ويومان للورثة فإذا مضت هذه السنة بطلت الوصية ولو كان العبد يخرج من الثلث أو لا يخرج لكن أجازت الورثة كانت خدمة العبد كلها في سنة سبعين له وفي الجامع أيضا رجل أوصى لرجل بسكنى داره سنة وأوصى لآخر بسكناها سنتين ثم مات ولا مال له غير الدار وأبى الورثة أن يجيزوا فذكر أن الدار تقسم بينهم ثلث الدار يسكنها الورثة وثلث الدار يقسم بين الموصى لهما نصفين يسكن لكل واحد منهما سدس الدار حتى تمضي سنة فإذا مضى سنة فالموصى له بسكنى الدار سنة يدفع السدس إلى الموصى لهما بسكنى الدار سنتين فيسكن تلك الدار سنة أخرى ثم تعود الدار إلى الورثة وفي الظهيرية ولو كانت الدار لا تحتمل القسمة كان الحكم فيها كالحكم في العبد وهذا إذا لم يخرج الدار والعبد والثمرة من الثلث فأما إذا خرج من الثلث أو أجازت الورثة قسمت الدار والغلة والسكنى كلها في السنة الأولى بين الموصى لهما نصفين وفي السنة الثانية كلها لصاحب السنتين قال رحمه الله ﴿فإن خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه﴾ لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة فيه وقد قدمنا ما فيه قال رحمه الله ﴿وإلا﴾ أي وإن لم يخرج من الثلث ﴿خدم الورثة يومين والموصى له يوما﴾ لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا تمكن قسمة العبد لأنه لا يتجزأ فصرنا

الى المهايأة فيخدمهم أثلاثا وقد قدمنا تفاصيل المسألة قال رحمه الله ﴿وبموته يعود الى ورثة الموصي﴾ أي بموت الموصى له يعود العبد أو الدار الى ورثة الموصي لأنه أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له لاستحقها ابتداء من ملك الموصي بغير رضاه وذلك غير جائز قال رحمه الله ﴿ولو مات في حياة الموصي بطلت﴾ أي لو مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية لأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وفي الحال ملك الموصي ثابت فيه ولا يتصور تملك الموصى له بعد موته وقد قدمناه قال رحمه الله ﴿وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمرة وإن زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه﴾ أي اذا أوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها وإن قال له ثمرة بستاني أبدا كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وإن أوصى له بغلة بستانه له الغلة القائمة عليه وما يستقبل خاصة لأنه اذا أوصى بالغلة استحق القائم والحادث وإن أوصى بالثمرة لا يستحق الا القائم الا اذا زاد أبدا فحينئذ يصير كالغلة فيستحقه وهو المراد بقوله وإن زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل فيحتاج الى الفرق بينهما والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد فيتناول المعدوم والموجود بذكره عرفا وأما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود ولا يراد المعدوم الا بدليل زائد عليه واكتفينا بقوله وفيه ثمرة لأنه اذا لم تكن في البستان ثمرة والمسألة بحالها فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له وانما كان كذلك لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا تتناول المعدوم الا مجازا فاذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصي صار مستعملا في الحقيقة فلا يتناول المجاز واذا لم يكن فيه يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما الا اذا ذكر لفظ الأبد فيتناولهما عملا بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز وقد قدمنا تفاصيله قال رحمه الله ﴿وبصوف غنمه وولدها ولبنها له الموجود عند موته قال أبدا أو لا﴾ أي اذا أوصى بهذه الأشياء كان له الموجود عند موته ولا يستحق ما سيحدث بعد موته سواء قال أبدا أو لم يقل لأنه ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الأشياء عنده وهذا هو الفرق لكن جازت الوصية في الغلة المعدومة والثمرة المعدومة على ما بينا لأنها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلأن تستحق بالوصية أولى لأنها أوسع بابا من غيرها وكذا الصوف على الظهر واللبن في الضرع والولد الموجود في البطن يستحق بجميع العقود تبعا أو تحصل مقصودا فكذا بالوصية ثم مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة منها ما يقع على الموجود والمعدوم ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة اذا لم تكن في البستان شيء من الثمرة عند موته ومنها على الموجود دون المعدوم ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر ومنها ما يقع على الموجود والمعدوم ان ذكر الأبد والا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة ولم يتعرض المؤلف للوصية بالكفن والدفن وبقراءة القرآن على القبور ونحوه فنذكر ذلك تتميما للفائدة قال في واقعات الناطفي اذا أوصى بأن يكفن بألف دينار أو بعشرة آلاف درهم فانه يكفن بالوسط الذي ليس فيه اسراف ولا تقتير ولا تضييق وقال في موضع آخر يكفن بكفن المثل وهو أن ينظر الى ثيابه حال حياته للخروج للجمعة والعيدين والوليمة وقيل للفقيه أبي بكر البلخي لم اعتبرت ثياب الجمعة والوليمة ولم تعتبر ثياب البذلة كما قال الصديق الحي أحوج الى الجديد من الميت قال ذلك في زمان لم يكن معه غيره وفي النوازل سئل أبو القاسم عن امرأة صالحة وراش أوصت ابنتها أن تكفنها بستين درهما بما يساوي ثمانمائة درهم قال ان لم تفعل ذلك بإذن جميع الورثة وهم كبار ضمنها جملة الثياب ان كانت الكفن وصية ولا يحسب منها شيء وان كان الكفن رفيعة دون الكفن بما كان فيه يكفن مثلها لم تضمن وما زاد على ذلك ضمنته وفي فتاوى الخلاصة والمختار أنها متبرعة في الكفن ان فعلت من مالها أو من التركة تضمن وسئل أيضا عمن أوصى بأن يكفن له بثمن كذا وعجل الوصي له ذلك فلا ضمان عليه ولو جعل ميراثا وذلك الشيء للورثة وسئل أبو بكر عن امرأة أوصت الى زوجها أن يكفنها من مهرها الذي لها عليه قال أمرها ونهيها في باب الكفن باطل وفي فتاوى الخلاصة قال وصيتها في تكفينها باطلة ولو لم تترك مالا يكون كفنها في بيت المال دون الزوج بلا خلاف بين علمائنا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله هذا الجواب ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى خلف عن أبي يوسف أن الكفن على الزوج كالكسوة وعن محمد أنه لا يجب قال وبقول أبي يوسف نأخذ قال الفقيه أبو بكر فيمن أوصى بأن يكفن في ثوب أن هذه الوصية باطلة وفي الظهيرية ولو أوصى أن يكفن في ثوب كذا أو يدفن في موضع كذا فالوصية في تعيين الكفن وموضع القبر باطلة وفي روضة الزندويسي اذا أوصى بأن يكفن في خمسة أثواب أو في ستة أثواب جازت وصيته ويراعى شرائطه وفي الخلاصة ولو أوصى بأن يدفن في مقبرة كذا تعرف لفلان الزاهد تراعى شرائطه وإن أوصى بأن يدفن

معه ولا يصح وقال ابراهيم بن يوسف فيمن مات ولم يترك شيئا قال ان مات وترك ثوبا واحدا يكفن فيه والا يسأل له ثوب
ويكفن فيه ولا يسأل الزيادة رجلا كان أو امرأة قال الفقيه هذا قول ابراهيم وقال ابن سلمة وغيره يكفن في ثلاثة أثواب وكلا
القولين حسن أوصى بأن يدفن في داره فوصيته باطلة لانه ليس في وصيته منفعة له ولا لاحد من المسلمين ولو دفن فيها فهو كدفنه
بغير وصية يرفع الامر الى القاضي فان رأى الامر برفعه فعل وان أوصى أن يدفن في داره فهو باطل الا أن يوصي أن تجعل داره مقبرة
للمسلمين وفي الخلاصة ولو أوصى بأن يدفن في بيته لا يصح ويدفن في مقابر المسلمين ولو أوصى بأن يصلي عليه فلان فقد ذكر
في العيون ان الوصية باطلة وفي الفتاوى العتابية وهو الاصح وفي نوادر ابن سماعة انها جائزة ويؤمر أن يصلي عليه والفتوى على
ما ذكر في العيون وعن أبي يوسف اذا أوصى بثلث ماله في أكفان موتى المسلمين أو في حفر مقابر المسلمين أو في سقاية المسلمين قال
هذا باطل ولو أوصى بثلثه في أكفان فقراء المسلمين أو في حفر مقابرهم فهذا جائز وفي فتاوى الخلاصة ولو أوصى بأن تتخذ داره
مقبرة فمات فوارثه يجري دفنه فيها ولو أوصى بأن يتخذ داره خانا ينزل فيه الناس لا يصح وعليه الاعتماد بخلاف ما لو أوصى بأن تتخذ
سقاية رجل مات ولم يوص الى أحد فباعت امرأته دارا من تركته لكن بغير اذن سائر الورثة فالبيع في نصيبها جائز وان لم يكن على
الميت دين محيط بعد ذلك ينظر ان كفنته بكفن مثله ترجع في مال الميت وان كفنته بأكثر من كفن المثل لا ترجع الا بقدر كفن
المثل رجل أوصى بأن يكفن له من ثمن كذا فلم يعمل الوصي من ثمن كذا وكان وجد المشتري أو لم يجد لا يضمن الوصي ذلك الشيء
ولو اشترى الوصي كفنا فدفن فيه الميت فظهر فيه عيب فهو والوصي يرجعان على البائع بالنقصان والاجنبي لا يرجع واذا أوصى
أن يدفن في مسجد كان اشتراه ويغل يده وتقيد رجله فهذه وصية بما ليس بمشروع فبطلت ويكفن كفن مثله ويدفن كما يدفن سائر
الناس اذا دفن الميت في قبر فيه ميت آخر قال اذا بلي الاول حتى لم يبق منه شيء من العظام وغيره يجوز وان بقي فيه العظام فانه يهال
عليه التراب ولا تحرك العظام ويدفن الثاني بقرب الاول ان شاء أو يجعل بينهما حاجز من الصعيد ولو أوصى بأن يحمل بعد موته الى
موضع كذا ويدفن هناك ويبنى هناك رباط من ثلث ماله فمات ولم يحمل الى هناك قال أبو بكر وصيته بالرباط جائزة ووصيته بالحمل
باطلة ولو حمله الوصي يضمن ما أنفق في حمله قال الفقيه هذا اذا حمل بغير اذن الورثة ولو حمل باذنهم وهم كبار فلا ضمان اذا أوصى بأن
يطين قبره ويوضع على قبره قبة فالوصية باطلة الا أن يكون في موضع يحتاج الى التطيين فيجوز سئل أبو القاسم عمن دفع الى ابنه
خمسين درهما في مرضه وقال ان مت أنا فاعمر قبري فيه بخمسة دراهم واشتر بالباقي حنطة وتصدق بها قال الخمسة الوصية لا تجوز
وينظر الى القبر الذي أمر بعمارته فان كان يحتاج الى العمارة للتحصين لا للزينة عمر بقدر ذلك والباقي يتصدق على الفقراء
وان كان أمر بعمارته على الحاجة التي لا بد منها فوصيته جائزة واذا أوصى أن يدفع الى انسان كذا من ماله ليقرأ القرآن على قبره
فهذه الوصية باطلة قال ان كان القارئ معينا ينبغي أن تجوز الوصية له على وجه الصلة دون الاجر قال أبو نصر وكان يقول لا معنى لهذه
الوصية لان هذا بمنزلة الاجر والاجارة في ذلك باطلة وهو بدعة ولم يفعلها أحد من الخلفاء وقد ذكر مسألة قراءة القرآن على القبور
في الاستحسان سئل أبو النصر عن شيء يلقى في القبر تحت الميت مثل المضربة ونحوها قال لا بأس به وهو بمنزلة الزيادة في الكفن وفي
الخانية وبعضهم أنكر ذلك وقال اذا كان يحشو الاسفل عجبته والحشو ليس من جنس الكفن فقد ذكر محمد في حق الشهيد ينزع عنه
السلاح والفرو والحشو ولو كان من جنس الكفن لما أمر بنزعه وسئل أبو القاسم عمن أوصى أن تحفر عشرة أقبر قال ان عين مقبرة
ليدفن فيها الموتى فالوصية جائزة لان ذلك عمارة المقبرة وانها قربة وان كان الحفر لدفن أبناء السبيل والفقراء من غير أن يبين
موضعا فالوصية باطلة وفي الواقعات عن محمد اذا أوصى بأن يحفر مائة قبر استحسن ذلك في محلته ويكون على الكبير والصغير
وبعض مشايخنا اختاروا انه لو لم يعين المقبرة لا يجوز واذا أوصى أن تدفن كتبه لم يجز الا أن يكون فيها شيء لا يفهمه أحد ويكون
فيه فساد فيدفن ان يدفن والكتب التي فيها الرسل وفيها اسم الله ويستغني عنها صاحبها بحيث أن لا يقرأها واحب محو ما فيها من
اسم الله ولم يحرقها ويلقيها في الماء الجاري الكثير ولا بأس به وان لم يفعل ودفنها في أرض طاهرة ولا يبالها فقد كان حسنا ولا
يجوز ان يحرقها بالنار حتى يمحو ما كان من أسماء الله تعالى وأسماء رسله وملائكته وفي الخانية وعن بعض أهل الفضل رجل
أوصى بأن تباع كتبه ما كان خارجا من العلم وتوقف كتب العلم ففتش كتبه فكان فيها كتب الكلام فكتبوا الى أبي القاسم
الصفار ان كتب الكلام تباع لانها خارجة عن العلم وفي الظهيرية فعلى هذا لو أوصى رجل لاهل العلم بشيء من ماله لا تدخل فيه

أهل الاصول وقد ذكرنا شيأ من هذه المسائل مع مسئلة دفع المصحف فى كتاب الاستحسان

﴿باب وصية الذمى﴾

لما فرغ من وصية المسلمين شرع فى وصية أهل الكتاب وترجم بالذمى لانه ملحق بالمسلمين فى المعاملات قال رحمه الله ﴿ذمى جعل داره بيعة أو كنيسة فى صحته فمات فهى ميراث﴾ لانه بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا وأما عندهما فلان هذه معصية فلا يصح وان كانت قربة فى معتقدهم ففى اشكال على قول أبى حنيفة وهو ان هذا عندهم كالمسجد عندنا والمسلم ليس له أن يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمى كذلك لانهم عنده يتركون وما يعتقدون وجوابه ان المسجد محرر عن حقوق العباد وصار خالصا لله ولا كذلك البيع فى حقهم ولانها لمنافع الناس لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها أمواتهم فلم تصر محررة عن حقوقهم فكان ملكه فيها ثابتا وفى هذه الصورة يورث المسجد أيضا على ما يجئ بيانه قال رحمه الله ﴿وان أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث﴾ أى اذا أوصى ان تبنى داره بيعة أو كنيسة لمعينين فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك فأمكن تصحيحها على اعتبار المعينين قال رحمه الله ﴿وبداره كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربى مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمى﴾ يعنى اذا أوصى بداره ان تبنى كنيسة لقوم غير مسمين صحت كما صح لحربى الخ أما الاول وهو ما اذا أوصى الى قوم مسمين فهو قول أبى حنيفة وعندهما الوصية باطلة لانها معصية حقيقة وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان تنفيذها تقرير للمعصية ولأبى حنيفة ان هذه قربة فى معتقدهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم ألا ترى انه لو أوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية فى معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لأبى حنيفة بين بنائها وبين الوصية بها ان البناء ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملك البانى بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما فى مساجد المسلمين والكنيسة لا تحرر لله تعالى على ما بيناه فيورث عنه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة الملك غير ان ثبوت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث قال مشايخنا هذا اذا أوصى ببنائها فى القرى وأما فى المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة فى الامصار وعلى هذا الخلاف اذا أوصى بان يذبح خنازيره ويطعم المشركين من غير تعيين لما ذكرنا وان كان لقوم معينين جاز بلا خلاف فحاصله ان وصايا الذمى على ثلاثة أقسام وهو ما اذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما اذا أوصى بان يسرج فى بيت المقدس أو بان يغزى الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين أو غير معينين لانه وصية بما هو قربة عندنا وفى معتقدهم أيضا قربة ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما اذا أوصى بما هو ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما اذا أوصى للمغنيات والنائحات أو أوصى بما هو قربة عندنا وليس فى معتقدهم كما اذا أوصى بالحج وبناء المساجد للمسلمين أو بان تسرج مساجدنا لانه معصية عندهم الا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح باعتبار التمليك ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما اذا أوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين ونحوه فعند أبى حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز وان كان لقوم معينين يجوز فى الكل على انه تمليك لهم وما ذكره من الجهة من تسريج المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام حتى لا يلزمهم أن يصرفوه فى الجهة التى عينها هو بل يفعلون به ما شاؤا ولانه ملكهم والوصية انما صحت باعتبار التمليك لهم وصاحب البدعة اذا كان لا يكفر فهو فى حق الوصية بمنزلة المسلم لانا أمرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف فى تصرفاته قال صاحب الهداية فى المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم فعلها كالذمية وقال صاحب النهاية ذكر صاحب الكتاب فى الزيادات الخلاف على هذا وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها اه وقال صاحب العناية بعد ان نقل هذا من النهاية والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وهنا الاصح وهما يصدقان اه أقول هذا ليس بشئ اذ لا شك ان مراد من قال فى الخلافيات هو الصحيح ترجيح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما ان مراد من قال هو الاصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح أدل على الترجيح من قوله هو الاصح ولا ريب ان ترجيح أحدهما على الآخر ينافى ترجيح الآخر عليه ولا يمكن ان يصدقا معا قال الراجى عفو ربه الاشبه ان تكون

كالذمية تجوز وصيتها لأنها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها وكذا الوصية كأنه أراد بقوله صاحب الكتاب صاحب الهداية وذكر السغناقي أن من ارتد عن الإسلام إلى النصرانية أو اليهودية أو المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل إليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما وأما عند أبي حنيفة فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالإجماع لأنها لا تقتل عندنا وقال قاضيخان المرتدة الصحيح أنها كالذمية فيجوز منها ما جاز من الذمية وما لا فلا وأما الثاني وهو ما إذا أوصى الحربي لمسلم فلأنه أهل للتمليك منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا ولو أوصى بأكثر من الثلث أو بماله كله جاز لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس لورثته حق شرعي لأنهم أموات في حقنا ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته وليس لورثته حق شرعي وقد أسقط حقه فيجوز وقيل إذا كان ورثته معه لا يجوز بأكثر من الثلث إلا بإجازة منهم لأنه بالأمان التزم أحكامنا فصار كالذمي ولو أوصى ببعض ماله نفذت الوصية في الثلث ويرد الباقي لورثته وكذا لو أوصى لمستأمن مثله ولو أعتق عبده عند الموت أو دبره جاز ذلك كله من غير تقييد بالثلث لما بينا وكذا إذا أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جاز لأنه ما دام في دار الإسلام فهو كالذمي في المعاملات ولهذا تصح عقود التمليكات منه وتبرعاته في حال حياته فكذا بعد مماته وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أن وصية المسلم والذمي للحربي المستأمن لا تجوز لأنه في دارهم حكما حتى يمكن من الرجوع إليها والأول أظهر لأن الوصية تمليك مبتدأ ولهذا تجوز للذمي لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالإرث لأن الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربي لا يجوز لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين فكذا الوصية لأنها أخته وعلى رواية الجامع الصغير ينبغي أن يجوز كالمسلم ولو أوصى لمستأمن في دار الإسلام ينبغي أن يكون على الروايتين المذكورتين في المسلم والله أعلم

﴿باب الوصي وما يملكه﴾

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى إليه وهو الوصي وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس قال رحمه الله ﴿ولو أوصى إلى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد﴾ يعني قبل عند الموصي لأن الموصي ليس له ولاية إلزامه التصرف ولا غرر من جهته لأنه يمكنه أن يوصي إلى غيره قال في الذخيرة المراد بعنده يعني بعلمه ورده بغير علمه سواء كان عنده أو في مجلس غيره قال في المبسوط مسائله مشتملة على فصول فصل في حق الإيصاء وكيفيته وفصل في قبوله ورده وفصل فيمن يجوز إليه الإيصاء ومن لا يجوز وفصل في عزله الرجل إذا حضره الموت ينبغي أن يوصي ويكتب وصيته لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر يبيت إلا ووصيته تحت رأسه ويكتب كتاب الوصية هذا ما أوصى فلان بن فلان فإنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله وأن الجنة حق والنار حق وأن الساعة آتية لا ريب فيها وأن الله يبعث من في القبور وأن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين أي في هذه الوصية لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان آخر كلمته شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله وجبت له الجنة ثم يكتب وأنا العبد المذنب الضعيف المفرط في طاعته المقصر في خدمته المفتقر إلى رحمته الراجي لفضله والهارب من عدله تركت من المال الصامت كذا ومن الرقيق كذا ومن الدور كذا وعلي من الدين كذا إن كان عليه دين ويسمي الغريم واسم أبيه كيلا تجحد الورثة دينه فيبقى الميت تحت عهدته ويكتب إن مت من مرضي هذا فأوصيت بأن يصرف مالي إلى وجوه الخيرات وأبواب البر تداركا لما فرط في حياته وتزودا لذخر الآخرة وأنه أوصى إلى فلان بن فلان ليقوم بقضاء ديونه وتنفيذ وصيته وتمهيد أسباب ورثته فعليه أن يتقي الله حق تقاته ولا يتقاعد في أموره في وصيته ولا يتقاصر عن إيفاء حقوقه واستيفائها فإن تقاعد فإن الله تعالى حسيب عليه ويشهد على ذلك وإنما يصح الإشهاد إذا علم الشهود بما في الصك والشهادة على الوصية بدون العلم لا تجوز لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع ولو قال الشهود بعدما قرؤوا الصك نشهد عليك فحرك رأسه بنعم ولم ينطق لم تجز شهادتهم فإن اعتقل واحتبس لسانه روي عن أبي يوسف أنه يجوز وتعتبر إشارته وهو قول الشافعي له أن الإشارة تقوم مقام العبارة حالة عجزه عن النطق والعادة قياسا على الأخرس لأن العجز عن النطق متى تحقق يستوي فيه العارض والأصلي فيما تتعلق صحته بالنطق كالعجز عن القراءة فإنه تجوز صلاة الأخرس بغير قراءة وتجوز صلاة من اعتقل لسانه بغير قراءة فكذا هذا ولنا أن الإشارة تدل على النطق والعادة إنما تصل إلى البدل حالة اليأس عن النطق وهنا لم يقع اليأس عن النطق لأن اعتقال لسانه واحتباسه لا يدوم بل يعرض الزوال والانتقال

في كل ساعة فلا تقوم الاشارة مقام العبارة وان الاشارة محتملة غير معلمة الا ان في الاخرس تقدم منه اشارات مفهومة وآلة واضحة على مراداته الباطنة فزال الاحتمال عن اشارته فقامت مقام نطقه وعبارته وهذا لم يتقدم منه اشارات معلومة حتى تعلم باشارته مراداته فبقيت اشارته محتملة غير مفهمة ولا تقوم مقام عبارته فاما اذا طالت العقلة أو الحبسة في لسانه ودام هل تعتبر اشارته اختلف المشايخ فيه قيل لا تعتبر اعتبارا للمعنى الاول وهو انه لم يقع اليأس عن النطق ولا تقوم اشارته مقام عبارته وقيل تعتبر وقد روى هذا أبو عمرو الطبري عن أبي حنيفة اعتبارا للمعنى الثاني لانه لما طالت العقلة صار له اشارة معهودة فتقوم مقام النطق كما في الاخرس واضافة الوكالة الى ما بعد الموت وصية لان الايصاء توكيل بعد الموت والوصاية قبل الموت وكالة ولو أوصى الى رجل في ماله كان وصيا فيه وفي ولده واذا أوصى اليه في أنواع وسكت عن نوع فالوصي في نوع يكون وصيا في الانواع كلها عندنا خلافا للشافعي لانه لو لم تعم وصايته تقع الحاجة الى نصب وصي آخر فكان من اختاره الميت وصيا لبعض أموره وصيا في كلها أولى من جعل غيره وصيا لان الموصي لم يرض بتصرف غيره في شيء من الامور ورضي بتصرف هذا في بعض الامور لانه استصلحه واستصوبه في الوصاية فيكون هذا وصيا على العموم أولى ولو قال فلان وصيي الى ان يقدم فلان فهو كما قال وذكر القدوري الاول وصي مع الثاني ولا يصح تخصيصه بزمان دون زمان وجه ظاهر الرواية ان الايصاء قابل للتوقيت لانه توكيل أو اثبات ولاية وكلا الامرين قابل للتوقيت فيتوقت وصاية الاول بقدوم فلان فاذا قدم فلان انعزل الاول كما لو وكل وكيلا الى ان يقدم فلان وصار الثاني وصيا لانه علق وصية الاول بالشرط وتعليق الايصاء بالشرط جائز لانها وكالة وتعليق الوكالة والنيابة بالشرط جائز كما لو قال ان سافرت فانت وكيلي في أمري صح كما لو قال أوصيت الى عمرو ما لم يقدم زيد وسكت فقدم زيد كان عمرو وصيا بعد قدوم زيد وكان أقام عمرا وصيا لانه مختار الميت ووصيه أولى من اقامة غيره بخلاف ما لو قال أوصيت الى عمرو ما لم يقدم زيد فاذا قدم زيد فقد أوصيت الى زيد كان كما قال لانه لم يبق عمرو وصيا بعد قدوم زيد فانه لا يحتاج الى اقامة من ليس بمختار الميت مقام عمرو ولا بد من قبول الموصى له لانه متبرع بالعمل له و يلحقه ضرر العهدة فلا بد من قبوله والتزامه واذا أوصى اليه فقبل قبل موته أو بعده ثم رد لم يخرج لان الموصي ما أوصى الا الى من يعتمد عليه من الاصدقاء والامناء فلو اعتبر القبول بعد الموت فربما لا يقبل ولا يحصل غرضه وهو الوصي الذي اختاره وقيل لو صح رده بعد الموت تضرر به وصار مغرورا من جهته لانه اعتمد على قبوله بان يقوم بجميع التصرفات بعد وفاته والوصي بقبول الوصاية التزم ذلك بحضرته فلو صح رده وقع الموصي في ضرر ويصير مغرورا من جهة الوصي فصارت الوصاية لازمة عليه شرعا لالتزامه نظرا للموصي دفعا للضرر عنه بخلاف الوصية بالمال لان ثمة لو لم يصح رده بعد موته لا يتضرر الميت لانه يعود الثلث الى الورثة بل الضرر على الموصى له ولو قبل في حياة الموصي ثم رده في حياته مواجهة يصح ولا يصح بدون حضرة الموصي أو علمه لما فيه من الغرور كما في الوكيل لان الموصي طلب منه الالتزام بعد الوفاة لا حالة الحياة ولا يمكنه في الاخيرة ان يوصي الى غيره فيتضرر به ولو لم يقبل في حياته فهو بالخيار بعد موته ان شاء قبل وان شاء رد لان هناك الميت مغرور وهنا ليس كذلك لانه يمكنه ان يسأل ان يقبله أو لا يقبله فاذا لم يقبل واعتمد على انه يقبله بعد موته ولم يوص الى غيره فقد قصر في أمره فصار مغترا من جهة نفسه لا مغرورا من جهة الوصي والقبول تارة يكون بالقول وتارة بالفعل فالقبول بالفعل كتنفيذ وصيته أو شراء شيء للورثة أو قضاء دين كقوله بالقبول اذ الوصاية قد تمت وتقررت بموت الموصي شرعا فانها لا تقبل البطلان من جهة الموصي الا ان للموصى له ولاية الرد حتى لا يلزمه ضرر الوصاية بغير رضاه وليس من صيرورته وصيا بغير علمه ضرر على الوصي اذا كانت له ولاية الرد والابطال كمن أقر لغيره بمال يثبت حكمه حتى لو مات المقر قبل القبول توقف على قبول المقر له فاذا تصرف الوصي في التركة تصرفا يدل على قبوله تلزمه الوصاية لانه لا يقدر على الرد الا برد التصرف ولا يمكنه رد التصرف فلا يبقى له ولاية الرد ولزمته الوصاية ضرورة وعن أبي يوسف في المنتقى الدخول في الوصية أول مرة غلط والثاني خيانة والثالث سرقة فاذا ظهرت من الوصي خيانة عزله القاضي ونصب آخر لان الامانة في الايصاء أصل لان منفعة الايصاء وبه تحصل مهام الاوصياء ثلاثة عدل كاف وغير عدل كاف وفاسق مخوف على ماله فالعدل الكافي لا يعزله القاضي وان عزله ينعزل وصار جائرا لان القاضي مطلقة يده وولايته شاملة على الكافة خصوصا على مال الميت والصغار فيكون عزل القاضي كعزل الميت لو كان حيا قال صاحب الفصولين المختار عندي انه لا ينعزل ولو لم يعلم القاضي ان للميت وصيا والوصي غائب فأوصى الى رجل

وتوصي هو وصي الميت دون وصي القاضي لانه اتصل به اختيار الميت دون وصي القاضي كما اذا كان القاضي عالما والعدل الذي ليس
بكاف أو ضعيف لا يقدر على التصرف وحفظ التركة بنفسه يضم اليه غيره ولا يعزله لاعتماد الموصي عليه لامانته وصيانته حتى
لا ينقطع عن الميت منفعة عدالته ويضم اليه آخر حتى يزول ضرر عدم كفايته وهدايته واستحق العزل على ماله يعزله القاضي
ونصب آخر مكانه لان في ابقائه على الوصية اضرارا بالميت والميت لا يقدر على عزله فيقوم القاضي مقامه في العزل وفي الفتاوى ولو قال
الوصي لي على الميت دين ولا بينة له قيل بان للقاضي ان يخرجه من الوصاية لانه يستحل الاخذ من مال الميت وقيل لا يخرجه الا اذا
ادعى شيئا بعينه أخرجه من يده والمختار ان القاضي يقول للوصي له اما ان تقيم البينة عليه حتى تستوفي واما ان تبرئه من الدين
واما ان أخرجك من الوصاية فان أبرأه والا أخرجه وذكر الخصاف في آداب القاضي ان للقاضي أن يجعل للميت وصيا آخر في مقدار
ذلك الدين خاصة حتى يقيم الاول البينة على الوصي لان البينة لا تقبل الا على الخصم ولا يخرجه من الوصاية مراص قال لآخر اقض
ديوني صار وصيا في قول أبي حنيفة وقال محمد ما لم يقل اقض ديوني وانفذ وصاياي لا يصير وصيا سئل نصير بن يحيى عن قوم ادعوا على
الميت دينا ولا بينة لهم والوصي يعلم ذلك قال يبيع الوصي بعض التركة من الغريم ثم يجحد الغريم الثمن فيصير قصاصا عن ماله وان
كانت التركة متاعا أودعهم ثم يجحدون وقال نصير بن أبي سليمان رضي شهد عنده عدل ان لهذا على الميت ألف درهم قال يسعه ان
يعطيه بقوله وان خاف الضمان وسعه ان لا يعطيه فان كان هذا شيئا بعينه كجارية وغيرها وعلم الوصي انه لهذا أو كان الميت غصبها قال
يدفعها الى المغصوب منه قال رحمه الله ﴿والا لا﴾ أي ان لم يرد عنده بل ردها في غير وجهه لا يرتد لان الوصي مات معتمدا عليه
ولم يصح رده في غير وجهه لانه صار مغرورا من جهته فيرد رده عليه فيبقى وصيا على ما كان كالوكيل اذا عزل نفسه في غيبة الموكل
ولو لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد لان الموصي ليس له ولاية الزامه فيكون مخيرا قال في الهداية
بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه احترازا عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه فاعتبر علم الموكل كما في الوصي لانه
يؤدي الى غرور الموكل بخلاف ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه له ان يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه
أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل على هذا عرفت أن ما قال
بعضهم في شرحه قول صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشيء لان مراده ما ذكر في التتمة
وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه ومراد صاحب الهداية
هنا ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب العناية والى هذا مال صاحب العناية
أيضا كما يظهر من تقريره في شرحه قال رحمه الله ﴿وبيع التركة كقبوله﴾ شرع المؤلف يبين ان القبول تارة يكون باللفظ وتارة
يكون بالفعل فالقبول بالفعل بان يبيع الوصي التركة قبل القبول باللفظ وهو قبول دلالة الالتزام وهو معتبر بالموت وينفذ البيع
لصدوره من الوصي سواء علم بالايصاء أو لم يعلم بخلاف الوكيل حيث لا يكون وكيلا من غير علم لان التوكيل انابة في حال قيام ولاية
الموكل ولا يصح من غير علم كاثبات الملك في البيع والشراء ولا بد من العلم وطريق العلم به ان يخبره واحد من أهل التمييز وقد تقدم
بيانه اما الايصاء فخلافه لانه مختص بحال انقطاع ولاية الميت ولا يتوقف على العلم كالوراثة قال رحمه الله ﴿وان مات الموصي فقال
لا أقبل ثم قبل صح ان لم يخرجه قاض منذ قال لا أقبل﴾ أي الموصى اليه ان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك
ان لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان فيه ضررا بالميت وضرر الموصى له
في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الضرر الاول أولى الا ان القاضي اذا أخرجه عن الوصية يصح ذلك لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه
بعد قوله لا أقبل كما ان له اخراجه بعد قبوله أولا لانه نصب ناظرا فاذا رأى غيره أصلح منه كان له عزله ونصب غيره وربما يعجز هو
عن ذلك فيتضرر بالوصية فيدفع القاضي الضرر وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيدفع الضرر من الجانبين ولو قال اقبل
بعد ما أخرجه القاضي لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ما بطلت الوصية باخراج القاضي اياه قال في العناية وطولب بالفرق بين الموصى له
والموصى اليه فان قبول الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبل حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني فانه اذا
قبل في حال الحياة ثم رده بعد الموت لا يصح وفي أن قبوله حال حياته معتبر وقبول الاول في حال الحياة غير معتبر وأجيب بان الايصاء
يقع للميت فكان رده بغير علمه اضرارا به ولا يجوز بخلاف الاول وقوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو بيع ماله حيث

يصح رده في غيبته و بغير علمه لانه لا ضرر وقال صاحب النهاية هذا الذي ذكره شمس الائمة هو رواية الكتب من الذخيرة وأدب القاضي للخصاف والرشيد والجامع الصغير للمحبوبي وفي كل واحد منهما ما يدل على أن الوكيل اذا عزل نفسه من غير علم الموكل لم يخرج عن الوكالة حال غيبة الموكل وقول المؤلف ان لم يخرجه قاض الى آخره اختلف المشايخ في هذا الاخراج قال في العناية فمنهم من قال حكم في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام السرخسي واختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لانه لو صحت بقوله كان للقاضي ان يخرجه و يصح الاخراج وهذا أولى واليه ذهب الحلواني قال رحمه الله ﴿والى عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم﴾ أي اذا أوصى الى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضي و يستبدل غيرهم مكانهم وأشار المصنف الى شروط الولاية فالاول الحرية والثاني الاسلام والثالث العدالة فلو ولى من ذكر صح و يستبدل غيره وذكر القدوري ان للقاضي ان يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على ان الولاية صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه ستبطل وقيل في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطلة أيضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من أصلنا وولاية الكافر في الجملة الا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة مولاه وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط في الاصل أن يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يكون عذرا في اخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما اذا أوصى الى مكاتبه أو مكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب في منافعه كالحر وان رد بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن والصبي كالقن لو بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر لم يخرجهم القاضي عن الوصية واذا تصرف الصبي أو العبد أو الذمي قبل ان يخرجهم القاضي من الوصاية هل ينفذ تصرفهم اختلف فيه المشايخ فمنهم من قال ينفذ ومنهم من قال لا ينفذ وهو الصحيح ولو أوصى الى عاقل ثم جن جنونا مطبقا قال أبو حنيفة ينبغي للقاضي ان يجعل مكانه وصيا للميت فان لم يفعل القاضي حتى أفاق الوصي كان وصيا على حاله وفي نوادر ابراهيم عن محمد اذا أوصى الى رجل وقال ان مت أنت فقد أوصيت بعدك الى فلان فجن الاول جنونا مطبقا فللقاضي ان يجعل مكانه وصيا حتى يموت الذي جن فيكون الذي سماه الموصي وصيا فقد ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله في نوادره فيمن أوصى الى ابن صغير له قال يجعل القاضي له وصيا يجوز أمره واذا بلغ ابنه جعله وصيا وأخرج الاول ان شاء ولا يخرج الا بالاخراج قال رحمه الله ﴿والى عبده وورثته صغار صح﴾ أي اذا أوصى الى عبد نفسه وورثته صغار جاز الايصاء اليه وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا يجوز وهو القياس لان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه الولاية للمملوك على المالك وفي هذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزأ وفي اعتبار هذه الولاية تجزؤها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا خلاف الموضوع ولابي حنيفة انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا فليس لهم ولاية التصرف فلا منافاة فان قيل ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة أجيب بانه اذا ثبت الايصاء لم يبق للقاضي ولاية بخلاف ما اذا كان في الورثة كبار أو أوصى الى عبد الغير لانه لا يستبد اذ كان للمولى منعه بخلاف الاول لانه ليس له بيعه وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما رواه الحسن عن أبي حنيفة كما اذا أوصى لرجلين أحدهما يكون في الدين والآخر في العين فيكون كل واحد منهما وصيا فيما أوصى اليه خاصة أو نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال أصله وتغيير الوصف بابطال عموم الولاية أولى من ابطال أصل الايصاء وقول محمد فيه مضطرب ويروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف قال رحمه الله ﴿والا لا﴾ يعني ان لم تكن الورثة صغارا بان كانوا كلهم أو بعضهم كبارا لا يجوز الايصاء لان الكبير له ان يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد قال رحمه الله ﴿ومن عجز عن القيام ضم اليه غيره﴾ لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكى الوصي اليه ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا على نفسه ولو ظهر للقاضي عجزه أصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف وهو أمين فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه أولى ألا ترى انه قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة أو بعضهم الوصي اليه لا ينبغي له ان يعزله حتى تبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة

وثبت الامانة وللميت اذا اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها ولو كان ثقة لا يخرجه متهاما وبالتأني ما به عند غيره ويقيم غيره مقامه كانه مات ولا وصي له قال رحمه الله ﴿ويبطل فعل أحد الوصيين﴾ أي اذا أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف في مال الميت فان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف وعلى الخلاف اذا كان ذلك في عقدين وأما اذا كان في عقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع فكذا ذكره الكيساني وقيل الخلاف في الفصلين جميعا ذكره أبو بكر الاسكاف وقال في المبسوط وهو الاصح ولا يخفى ان المراد من البطلان التوقف على اجازة الآخر أورده شبهة في الوكيلين اذا وكلهما معا فانه لا ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع والفرق ان ضم الثاني في الايصاء دليل على عجز الاول عن المباشرة وحده وهذا لان ضم الايصاء الى الثاني يقصد به الاشتراك مع الاول وهو يملك الرجوع عن الوصية للاول فيملك اشراك الثاني معه وقد يوصي الانسان الى غيره على انه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فصار بمنزلة الايصاء اليهما معا اولا كذلك لو كله فان رأى الموكل قائم ولو كان الوكيل عاجزا لباشر بنفسه لتمكنه من ذلك ولما وكل علم ان مراده ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولان وجوب الوصية بعد الموت فيثبت لهما معا بخلاف الوكالة المتعاقبة فاذا ثبت ان الخلاف فيهما معا فأبو يوسف يقول ان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزأ فيثبت لكل واحد كاملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق الخلافة اذا انتقلت اليه كذلك ولأن اختيار الموصي أيهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة اليه ولهما ان الولاية تثبت عند الموت فيراعى وصف ذلك وهو وصف الاجتماع لانه شرط مفيد لان رأي الواحد لا يكون كرأي الاثنين ولم يرض الموصي الا بالاثنين فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به الحكم فكان باطلا بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفء يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الوليين أوفى حقا على صاحبه وفي الوصيين استوفى حقا لصاحبه فلا يصح ونظير الاول ايفاء دين عليهما ونظير الثاني استيفاء دين لهما حيث يجوز في الاول دون الثاني بخلاف مواضع الاستثناء لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية على ما نبينه ومواضع الضرورة مستثناة دائما أبدا وهو ما استثناه في الكتاب وأخواتها وفي التتارخانية رجل أوصى الى رجلين فمات أحدهما واوصى الى صاحبه جاز ويكون لصاحبه أن يتصرف وروي انه لا يجوز والصحيح الاول وفي فتاوى أبي الليث اذا أوصى الى رجلين فقبل أحدهما وسكت الآخر فقال الذي قبل للساكت بعد موت الموصي اشتر هذا للميت فقال نعم كان قبولا للوصية واذا أوصى الى رجلين وقال لهما اصنعا ثلث مالي حيث شئتما فمات أحدهما قبل أن يفعلا ذلك بطلت الوصية ويرجع الثلث لورثة الميت ولو قال جعلت ثلث مالي للمساكين والمسئلة بحالها قال يجعل القاضي وصيا آخر وان شاء يقول للثاني منهما اقسم أنت وحدك وعلى قول أبي يوسف الآخر له أن يتصدق وحده وفيه أيضا سئل أبو القاسم عمن أوصى الى رجلين بان يشتريا من ماله عبدا بكذا درهما ولاحد الوصيين عبد قيمته أكثر مما سماه الموصي هل للوصي الآخر أن يشتري العبد بما سمى الموصي قال ان فوض الموصي الى كل واحد ان ينفرد في ذلك فشراؤه من صاحبه جائز ولو باع ذلك صاحب العبد من أجنبي وسلمه اليه لم يشتريا جميعا للميت وفي الخانية فهذا أصوب وفيه أيضا سئل أبو بكر عمن أوصى الى رجل وقال اعمل فيه برأي فلان قال هو وصي تام وله ان يعمل بغير رأي فلان وفي قول آخر الثاني هو الوصي التام والاول هو وصي ناقص قال الفقيه أبو الليث وبعضهم قالوا كلاهما وصيان في الوجهين جميعا وقال بعضهم الاول هو الوصي وبه قال نصير وقال أبو نصر ان قال اعمل فيه برأي فلان فهو الوصي خاصة وان قال لا تعمل الا برأي فلان فهما وصيان وهو أشبه بقول أصحابنا فانهم قالوا فيمن وكل آخر ببيع عبده وقال بالشهود فباعه الوكيل بغير شهود جاز وكذلك لو قال بعه بمحضر فلان فباعه بغير محضر فلان يجوز ولو قال لا تبع الا بالشهود أو قال لا تبع الا بمحضر من فلان فباع بغير شهود أو بغير محضر فلان لا يجوز وعلى هذا اذا قال الوصي بعلم فلان أو قال الا بعلم فلان واذا أوصى الرجل الى رجلين وقال لهما اصنعا الثلث مالي حيث شئتما وقال اعطياه من شئتما ثم اختلفا في ذلك فقال أحدهما أعطيه فلانا وقال الآخر أعطيه فلانا آخر لم يكن لواحد منهما ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف وفي الخانية رجل أوصى

بصيب

بنصيب بعض ولده الى رجل وبنصيب البعض الى رجل آخر فهما يشتركان فى الكل ولو أوصى الى رجل بدين والى آخر بان يعتق عبده أو بنفذ وصيته فهما وصيان فى كل شئ فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد كل واحد منهما وصى على ما سمى له لا يدخل الآخر معه وكذا لو أوصى بميراثه فى بلد كذا الى رجل وبميراثه فى بلد كذا الى رجل وبميراثه فى بلد أخرى الى آخر وقال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل اذا جعل الرجل رجلا وصيا على ابنه وجعل رجلا آخر وصيا على ابنه أو جعل أحدهما وصيا فى ماله الحاضر وجعل الآخر وصيا فى ماله الغائب فان كان شرط أن لا يكون كل واحد منهما وصيا فيما أوصى الى الآخر يكون الامر على ما شرط عند الكل وان لم يكن شرط ذلك فحينئذ تكون المسئلة على الاختلاف والفتوى على قول أبى حنيفة وفى الوصيتين من جهة الابوين وفيهما وصى الام قال محمد فى الزيادات جارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعا حتى ثبت النسب منهما وصارت الجارية أم ولد لهما على ما عرف ثم انهما أعتقا الجارية واكتسبت اكتسابا ثم ماتت وأوصت الى رجل ولم تدع وارثا غير ابنها هذا وهو صغير لم يبلغ كان ولاية التصرف فى مال الولد وحفظه للوالدين لا لوصى الام فان غاب الوالدان فطاهر ولاية وصى الام فتثبت له ولاية الحفظ ولكن انما تثبت الولاية فيما ورث الصغير من الام وفيما كان للصغير قبل موت الام لا فيما ورث الصغير بعد ذلك وكما تثبت له ولاية الحفظ تثبت له ولاية كل تصرف هو من باب الحفظ كبيع المنقول وبيع ما يتسارع اليه الفساد وان غاب أحد الوالدين والآخر حاضر فكذلك الجواب عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف أحد الابوين ينفرد بالتصرف فى مال الصغير فولاية التصرف فى مال الصغير وحفظه للوالدين دون وصى الام ولو مات أحد الابوين بعد موت الام ولم يدع وارثا غير هذا الصغير وأوصى الى رجل والوالد الآخر حاضر فالميراث كله للصغير وولاية التصرف فى التركتين للاب الثانى لا لوصى الام وان كان الوالد الثانى غائبا فلوصى الام حفظ ما تركت الام فيما كان من باب الحفظ وان مات الوارث الثانى بعد ذلك وأوصى الى رجل فوصيه يكون أولى من وصى الاب الذى مات قبله وأولى من وصى الام فان كان للاب الذى مات أولا أب وهو جد هذا الغلام وباقى المسئلة بحالها فوصى الاب الذى مات آخرا أولى بالتصرف فى مال الصغير وكذلك لو كان للاب الذى مات آخرا أب وهو جد الغلام كان وصيه أولى من أبيه وان مات وصى الاب الذى مات آخرا ولم يوص الى أحد ومات الاب الذى مات آخرا ولم يوص الى أحد وقد ترك الاب الذى مات أولا أبا جد هذا الغلام ووصيا فان وصى الاب الذى مات أولا أولى من وصيه فان كان مات الوالدان أحدهما قبل الآخر ولكل واحد منهما أب وأوصى كل واحد الى رجل ان عرف الذى مات أولا من الذى مات آخرا فولاية التصرف فى المال لوصى الذى مات آخرا وان مات هذا الموصى ولم يوص الى أحد ومات الاب الذى عرف موته آخرا ولم يوص الى أحد وباقى المسئلة بحالها فولاية التصرف فى المال للجدين لا ينفرد أحدهما به قال رحمه الله ﴿الا فى التجهيز وشراء الكفن﴾ لان فى التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا فى الحضر والرفقة فى السفر قال رحمه الله ﴿وحاجة الصغار والاتهاب لهم﴾ لانه يخاف هلاكهم من الجوع والعرى وانفراد أحدهما بذلك خير ولهذا يملكه كل من هو فى يده قال رحمه الله ﴿ورد وديعة عين وقضاء دين﴾ لانه ليس هو من باب الولاية وانما هو من باب الاعانة ألا ترى ان صاحب الحق يملكه اذا ظفر به بخلاف اقتضاء دين الميت لانه رضى بامانتهما جميعا فى القبض ولان فيه معنى المبادلة وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة ورد المغصوب ورد المبيع فى البيع الفاسد من هذا القبيل وكذا حفظ المال فلذلك ينفرد به أحدهما دون صاحبه وما استثناه القدورى فى مختصره بقوله الا فى شراء الكفن للميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة فى حقوق الميت اهـ هذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدورى الاستثناء عليها فى مختصره واقتفى أثره صاحب الهداية وزاد فيها على ذلك أشياء بقوله رد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهذه التى زادها فى الهداية على ما فى الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر اهـ قال رحمه الله ﴿وتنفيذ وصية عينة وعتق عبد معين﴾ لانه لا يحتاج فيه الى رأى قال رحمه الله ﴿والخصومة فى حق الميت﴾ لان الاجتماع فيه متعذر فلهذا ينفرد بها أحد الوكيلين أيضا ولو مات أحدهما يجعل القاضى مكانه وصيا آخر أما عندهما فظاهر لان الباقى منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضى اليه وصيا نظرا الى الميت عند عجز الميت وأما عند أبى يوسف فلان الحى منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصى قد رأى أن يجعل وصيين يتصرفان وذلك ممكن لتحقيق نصب وصى آخر مكان الاول قال فى الهداية وقضاء دين

قال في نهايته والمراد بالمصنفي الافتاء وكذا ذكر المرادي عن شيخه اه وهذا يوهم أن لا يكون إلا فيما الذي هو أعم من معنى
اللغة معنى في الوضع وانه قال كان معناه في العرف مع ان الامر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب او كما تخصصه من كتاب
او نحوه حيث قال او كل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لانه في معناه وضعا لأن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع اه
ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيته
ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي أي أخذته اه ولم يعرض المصنف لتصرفات الاب وكيل الاب والجد والوصي
ونحوهم من الاولياء في مال الصغير وغيره كذلك قال في الاصل الاب اذا باع مال نفسه من ابنه الصغير أو اشترى مال ابنه الصغير لنفسه
جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز ثم اختلف المشايخ في انه هل يشترط لانعقاد هذا العقد الايجاب والقبول والصحيح انه لا يشترط
حتى ان الاب اذا قال بعت هذا من ولدي بكذا أو قال اشتريت منه هذا بكذا فانه يتم العقد ولا يحتاج الى أن يقول قبلت واشتريت
والمشار في الكتاب انه قال اذا باع من ابنه وأشهد على ذلك جاز ولم يشترط القبول هكذا ذكر الناطفي في واقعاته ثم ان محمدا
ما ذكر الاشهاد في الكتاب على وجه الشرط لجواز هذا البيع ونفاذه وانما ذكره على وجه الاحتياط في حق الصغير حتى لو تعامله
الصغير وجوز هذا البيع من الاب بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يجوز هذا العقد
الا بمثل القيمة وفي هذا الفصل الاشتراط على هذه الرواية تمنع ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح ولو وكل الاب رجلا ببيع عبده من
ابنه والابن صغير لا يجوز عن نفسه فقبل الوكيل ذلك لا يجوز ولو وكل الصغير بعد البلوغ وكيلا ووكل الاب أيضا ذلك الوكيل فباع
هذا من ذلك لا يجوز كذا هنا ولو كان الاب حاضرا وقبل من الوكيل جاز ويكون العهدة من جانب الابن على الاب ومن جانب
الاب على الوكيل وقيل على العكس ذكره هشام في نوادره وعن محمد اذا اشترى الاب عبدا لابنه الصغير شراء فاسدا فقبض العبد قبل
أن يستعمل العبد أو يبعثه ويأمره بعمل ما يلزم من مال الصغير وفي المنتقى اشترى من ابنه عبدا والعبد في يد الاب فقبض العبد
فهو من مال الابن حتى يأمره أو الولد بعمل أو يبعثه واذا كان لرجل ابنان فباع مال أحدهما من الآخر وهما صغيران بأن قال بعت
عبد ابني فلان من فلان جاز ذلك هكذا ذكر المسألة في الكتاب ولم يذكر أنه اذا ما ادركا فالعهدة على من تكون وقد اختلفوا فيه
والصحيح أن العهدة عليهما وله وكل الاب رجلا حتى باع مال أحدهما من الآخر يجوز واذا وكل رجلا بذلك يجب أن يجوز من جانب
مال الابن لكمال شفقته مالك هؤلاء وكيله لهما ولو وكل الاب وكيلا بالبيع ووكيلا بالشراء فباع الوكيل يجوز وفي الزيادات الاب
اذا باع مال الصغير من أجنبي بمثل القيمة فهو على الاوجه فان كان الاب عدلا عند الناس أو كان مستور الحال يجوز البيع حتى
لو كبر الابن لم يكن له أن ينقض البيع عند المشايخ وبه أخذ الصدر الشهيد اذا كان خيرا للصغير بأن باع بضعف قيمته وإن باع
ما سوى العقار من المنقولات فعن روايتان في رواية يجوز ويؤخذ الثمن ويوضع على يد عدل وفي رواية لا يجوز الا اذا كان خيرا
للصغير على نحو ما قلنا وفي نوادر هشام عن أبي يوسف الاب اذا باع لابنه الصغير ما قيمته عشرة دراهم بدرهم يجوز وان اشترى له ما قيمته
درهم بعشرة دراهم لم يجز وفي الاصل سوى بين البيع والشراء في هذه الصورة وأشار الى ما ذكر شمس الائمة الحلواني في أدب القاضي
في أبواب الوصايا أن الصغير اذا ورث مالا والاب مبذر مستحق الحجر على قول من يرى ذلك لا تثبت الولاية للاب وفي المنتقى عن محمد
رجل باع عبد ابنه الصغير من رجل بألف ثم قال في مرضه قد قبضت من فلان من الثمن ما بين فمات في مرضه لم يجز اقرار الاب
وكان للوصي أن يأخذ الثمن من المشتري كما لو وجد هذا الاقرار من المريض ولو قال في مرضه قبضتها من فلان وضاعت كان
مصدقا ولو قال قبضتها واستهلكتها لم يكن مصدقا ولا يبرأ المشتري منها لا يكون للمشتري اذا أخذ منه الثمن أن يرجع على الاب
أو في ماله الزيادات عن محمد اذا اشترى الاب لابنه الصغير شيئا ونقد الثمن من ماله ينوي أن يرجع ولم يشهد على ذلك ولم يقض له
القاضي بالرجوع وسعه فيما بينه وبين ربه أن يرجع وفي المنتقى عن أبي يوسف رجل اشترى دارا لابنه الصغير فعلى الاب أن ينقد
الثمن فان مات قبل أن ينقد فهو في ماله خاصة أي مال الاب ولا يرجع به في مال الابن ولو اشترى لابنه دارا وأشهد عند عقد البيع
انه يرجع عليه بالثمن كان له أن يرجع عليه به وكذلك كل شيء يشتريه مما لا يجبر الاب عليه وكذلك كل دين كان على الاب يضمن
للاب عنه ذكر في نوادر بشر عن أبي يوسف فيما اشترى الاب لابنه قال ان كان اشترى شيئا يجبر الاب عليه وان كان طعاما
أوكسوة ولا مال للصغير لا يرجع الاب عليه وان أشهد انه يرجع عليه وان كان المشتري شيئا لا يجبر الاب عليه ان كان المشتري طعاما

أو كسوة ولابنه الصغير مال أو كان المشتري دارا أو ضيعة إن كان الأب أشهد وقت الشراء أنه يرجع وإن لم يشهد لا يرجع وعن أبي حنيفة وإذا اشترى دارا أو ضيعة أو عبدا أو ثوبا لابنه الصغير فإن كان للابن مال فله الرجوع بالثمن على التفصيل إن أشهد وقت الشراء أنه يرجع يرجع وإن لم يشهد لا يرجع وإن لم يكن للابن مال لا يرجع أشهد على الرجوع أو لم يشهد ثم في بعض المواضع يشترط الإشهاد وقت الشراء وفي بعضها يشترط الإشهاد وقت نقد الثمن ونقول إذا أشهد وقت نقد الثمن إنما نقد الثمن ليرجع إليه وروى الحسن بن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رجل اشترى لابنه الصغير ثوبا ودفعه إليه في صحته ثم أدى الثمن في مرضه لا يرجع على الابن بشيء وروى بشر عن أبي يوسف رجل زوج امرأة على أمة لابنه الصغير فهو جائز وإذا أسلم الأمة يصير متعديا ويضمن قيمة الأمة في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف لا يصح إمهار الأمة ويكون على الأب قيمتها للمزوجة وفي الذخيرة اشترى الأب قريب الصبي أو المعتوه لا يجوز على الصبي والمعتوه ويجوز على الأب ولو اشترى للمعتوه أمة كان استولدها بحكم النكاح يلزم الأب قياسا وفي الاستحسان يجوز وهذا القياس والاستحسان على قول أبي حنيفة ومحمد وعلى قول أبي يوسف لا يجوز أصلا فهذه المسئلة على أن الأب إذا باع مال الصغير بدين نفسه من رب الدين بمثل ما عليه من الدين على قول أبي حنيفة ومحمد يجوز ويصير الثمن قصاصا بدينه ويصير هو ضامنا للصغير خلافا لأبي يوسف وأجمعوا على أن الأب إذا أراد أن يوفي دينه من مال الصغير ليس له ذلك هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرحه أن الأب لا يملك قضاء دين نفسه من مال الصبي وذكر القاضي الإمام صدر الإسلام في شرح كتاب الرهن أنه يجوز ويحتمل أن يكون في المسئلة روايتان وإذا صح رهن الأب متاع الصغير بدين نفسه عندهما فهلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الأب للصغير قيمة الرهن إن كانت القيمة مثل الدين أو أقل أما إذا كانت القيمة أكثر من الثلث يضمن مقدار الدين ولا يضمن الزيادة وذكر شمس الأئمة في شرح كتاب الرهن أن للأب أن يستقرض مال ولده لنفسه وذكر شيخ الإسلام في شرحه أنه ليس له ذلك وذكر شمس الأئمة الحلواني روى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس للأب أن يستقرض مال الصغير من الأجنبي وذكر شمس الأئمة السرخسي في الروايات الظاهرة ليس له ذلك وفي الذخيرة واختلف المشايخ في الأب في اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة والصحيح أن الأب بمنزلة الوصي لا بمنزلة القاضي والأب إذا أقرض مال نفسه لولده الصغير وأخذ رهنا من مال ولده جاز له ذلك هكذا ذكر شمس الأئمة الحلواني وخواهر زاده وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لا يجوز وسيأتي له مزيد مسائل المعتوه والتصرف عليه لا يصح حتى تمضي عليه سنة من يوم صار معتوها قال ولا أحفظ فيه عن أبي حنيفة وأبي يوسف شيئا قال ابن سماعة قال محمد وقت في ذلك شهرا ثم إنه رجع عنه من الذي ۷ قدره بسنة وكل جواب عرفته في الجنون فهو الجواب في المعتوه لأنهما يستويان في الأحكام وإذا أرسل الأب غلامه في حاجة ثم باعه من ابن صغير له جاز ولا يصير الأب قابضا من ابنه بمجرد البيع حتى لو هلك الغلام قبل أن يرجع إلى الوالد هلك من مال الوالد بخلاف ما إذا وهبه منه حيث يصير قابضا له عن الابن بنفس الهبة وإن لم يرجع العبد حتى بلغ الولد ثم رجع إلى الوالد لا يصير الوالد قابضا حتى لو هلك قبل أن يقبضه الوالد هلك من مال الولد وإن انتقض البيع وفي حيل الأصل ذكر طريق براءة الأب عن الثمن الذي وجب عليه لابنه الصغير فقال يخرج الأب مقدار الثمن من مال نفسه ثم يقول الأب إني اشتريت وقد قبضتها لابني تكون في يدي ويشهد على ذلك وعن محمد في نوادره أنه قال لا يبرأ عن الثمن ما لم يشتر لابنه بذلك الثمن من ماله شيئا وعلى هذا إذا أنفق من مال ابنه الصغير في حاجة نفسه حتى وجب عليه الضمان ثم أراد أن يبرأ عنه فهو على ما قلنا في الجارية الثمن الذي لزم الأب بشراء مال ولده ولا يبرأ الأب منه حتى يكون في يده عن ابنه وديعة وإذا باع داره من ابنه في عياله والأب ساكن فيها لا يصير الابن قابضا حتى يفرغها الأب حتى لو انهدمت الدار والأب فيها يكون الهلاك على الأب وكذلك لو كان فيها متاع الأب أو عياله وهو غير ساكن فيها فإن فرغها الأب صار الابن قابضا فإن عاد الأب بعد ما تحول منها فسكنها أو جعل فيها متاعا أو سكنها عياله وكان غنيا صار بمنزلة الغاصب وفي الجارية ولو باع الأب من ابنه الصغير جبة وهي على الأب أو طيلسانا هو لابسه أو خاتما في أصبعه لا يصير الابن قابضا حتى ينزع ذلك الأب وكذلك في الدابة والأب راكبها وكذلك إن كان عليها حمل حتى ينزعه عنها ولو قال الأب اشهدوا أني قد اشتريت جارية ابني هذا بألف درهم وابنه صغير في عياله جاز الشراء ويصير الأب قابضا بنفس الشراء إن كانت في يده والثمن دين عليه لا يبرأ إلا بالطريق الذي قلنا وفي الذخيرة وإذا استأجر الأب للصغير أجيرا بأكثر من أجر مثله فالأجرة على الأب إذا كان بحيث لا يتغابن الناس فيه وذكر شيخ الإسلام في شرح السير أن الإجارة

تمد على الصغير قال القاضي ركن الاسلام على السعدي لو غصب انسان دار صبي قال بعض الناس يجب عليه أجرة المثل فما طلك في هذا ومن المشايخ من روى وجوب أجر المثل الا اذا كان النقصان خيرا للصغير حيث يجب النقصان واذا هلك الرجل وترك أباً أو وصياً كان للأب أن يقضي وصاياه ولو مات وعليه ديون كثيرة وورثه صغار وترك متاعاً وعقاراً لم يكن للأب أن يبيع شيئاً من التركة هكذا ذكر الخصاف في أدب القاضي وفي الذخيرة قال محمد رحمه الله لم يذكر هذا الفصل في المبسوط على هذا البيان فانه أقام الجد مقام الاب فانه قال اذا ترك وصيا وأما فالوصي أولى فان لم يكن له وصي فالاب أولى وان مات الاب وأوصى لوصيه فوصيه أولى ثم وصي القاضي وعن محمد القاضي اذا باع مال الصغير من رجل وسلمه للمشتري ثم وجد المشتري عيبا فليس له أن يخاصم القاضي في الرد بالعيب وكذلك اذا باع بعض أمناء القاضي مال اليتيم فليس للمشتري خصومة معه في الرد لانه نائب عن القاضي وحكمه حكم الموت عنه القاضي اذا باع على صغير دارا فاذا هي لصغير آخر هو في ولايته لا يجوز هكذا روى عن محمد وفي المنتقى القاضي اذا باع مال اليتيم من نفسه أو باع مال نفسه من اليتيم ذكر في السير الكبير أنه لا يجوز وأشار الى المعنى وقال لان بيع القاضي مال الصغير يكون على وجه الحكم وحكم القاضي لنفسه باطل وذكر في نوادر ابن رستم في أول مسائل النكاح عن محمد ان القاضي اذا زوج الصغيرة اليتيمة من ابنه الصغير وكذلك لو زوجها ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز لان نكاح القاضي يكون على وجه الحكم ولا يجوز حكمه لابنه الصغير ولا لمن لا تقبل شهادته له قال الناطفي في أجناسه من مسائل البيوع ذكر محمد في السير الكبير ان بيع القاضي مال الصغير من نفسه لا يجوز على قول محمد وأما على قول أبي حنيفة ينبغي ان يجوز وفي واقعات الناطفي اذا اشترى مال اليتيم لنفسه من وصي اليتيم يجوز وان كان القاضي جعله وصيا لان الوصي نائب عن الميت لا عن القاضي اذا باع أمين القاضي مال الصغير بأمر القاضي وقبض المشتري المبيع ولم يسلم الثمن حتى أمر القاضي الامين ان يضمن الثمن عن المشتري فضمن صح ضمانه وكذلك الجواب في أمين القاضي والاب اذا باع مال الصغير وضمن الثمن عن المشتري لا يصح ضمانه ٧ واذا أراد القاضي نصب الوصي ففي أي موضع ينصب فقد ذكرنا هذا الفصل بتمامه في أدب القاضي وذكر أنه أن القاضي اذا أراد نصب الوصي لصغير هل يشترط حضرة الصغير أو لا يشترط واذا نصب القاضي وصيا للصغير وخص له نوعا من الانواع تقتصر وصايته على ذلك النوع فالوصاية من قبل القاضي قابلة للتخصيص بخلاف الوصاية من جهة الاب وفي الفتاوى مات رجل عن غير وصي فقال القاضي لرجل جعلتك وكيلا في تركة فلان فهو وكيل في حفظ الاموال خاصة حتى يقول له بع واشتر ولو قال جعلتك وصيا فهو وصي بأمر القاضي وبه نأخذ وفي نوادر بشر عن أبي يوسف اذا اشترى القاضي من متاع اليتيم لنفسه شيئاً فهو بمنزلة الوصي فاذا رفع الى قاض آخر نظر فيه فان كان خيرا لليتيم أجازه والا لم يجزه وكره القاضي شراءه وفي الذخيرة القاضي اذا استأجر لليتيم أجيرا أكثر من أجر المثل بحيث لا يتغابن الناس ولم يعلم القاضي بذلك فلا أجير أجر مثل عمله في مال اليتيم ولو قال القاضي تعمدت الجواز بعد الاجارة على القاضي وتجب جميع الاجر في مال القاضي واذا أقرض مال اليتيم صح قال رحمه الله ﴿ووصي الوصي وصي في التركتين﴾ أي اذا مات الوصي فأوصى الى غيره فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض اليه الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره فصار كوصي الوكيل فانه يكون وصيا في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ولان العبد لا يقتضي مثله ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل ولا للمضارب ان يضارب وكذا الوصي ليس له أن يوصي في مال الموصى له ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد ألا ترى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لم تقدم عليه كالوكيل لما لم تنتقل اليه الولاية لم يتقدم على الجد فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء والذي يوضح ذلك أن الولاية التي كانت للموصي تنتقل الى الجد في النفس والى الوصي في المال ثم الجد قام مقام الاب فيما ينتقل اليه حتى ملك الايصاء فيه فكذلك الوصي ثم الجد وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته في التركتين ولا نسلم انه لم يرض برأي من أوصى اليه الوصي بل وجد ما يدل عليه لانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه تعتريه المنية صار راضيا باضافته الى غيره لاسيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو ما فوض اليه بخلاف الوكيل لان الموكل فيه يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلم يوجد دلالة الرضا بالتفويض الى غيره بالتوكيل قال رحمه الله ﴿وتصح قسمته عن الورثة مع الموصى له ولو عكس لا﴾ يعني قسمة الوصي مع الموصى له عن الورثة جائزة وعكسه

لا يجوز وهو ما إذا قاسم الوصي الورثة عن الموصى له لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء الميت شيأ غر فيه الميت والوصي أيضا خليفة الميت حتى يرد بالعيب حتى يكون خصما عن الوارث إذا كان غائبا فتنفذ قسمته عليه حتى لو هلك ما في يده لا يرجع على الوارث وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عنه من كل وجه لأنه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الميت فلا يكون خصما عنه في غيبته حتى لو هلك ما أفرز عليه عند الموصي كان له ثلث ما بقي لأن القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصي لا يضمن لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لأن الموصى له شريك الورثة فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة وله البيع في مال الصغار والقسمة في معنى البيع وله ولاية الحفظ في مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ إلا العقار فإنه محفوظ بنفسه فلا يجوز له بيعه وقسمته على الورثة الكبار حال غيبتهم في معنى البيع فلا يضمن إذا هلك في يده وفي المبسوط وقسمة الوصي إما أن تكون مع الموصى له أو فيما بين الورثة أما قسمته مع الموصى له جائزة مع الصغار وفي المنقول وقبض نصيبهم وأما في العقار لا يجوز على الكبير لأن القسمة بيع معنى وله ولاية بيع المنقول على الكبار دون بيع العقار هكذا ذكر في المبسوط وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن القسمة في العقار لا تجوز عند أبي حنيفة وزفر وعند أبي يوسف ومحمد تجوز قسمة الوصي على الموصى له الغائب مع الورثة وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن عند أبي يوسف تجوز لأن الميت أقام الوصي مقام نفسه وأثبت الولاية له فيما يحتاج إليه عند عجزه بنفسه وهو يحتاج في تنفيذ وصاياه إلى إيصال التركة إلى الورثة لأنه يثاب بوصول التركة إلى الورثة كما يثاب بوصول الوصية إلى الموصى له فيجب أن يملك ذلك نظرا للموصي وعلى قياس قوله يجب أن يملك القسمة على الكبار الحضور وقضاء الدين من الحاجة الفاضلة فيمكن تأخيرها إذا امتنعوا عن القسمة حتى يحضر الغائب بخلاف الحاجة الضرورية لا يمكن تأخيرها لأن في التأخير توهم الضياع وفي الضياع ضرر على الميت فلا يجوز تأخيرها وفي تأخير الحاجة الفاضلة وإن كان توهم الضياع وفي الضياع ضرر على الميت إلا أنه لا ضرر فيه على الميت فيجوز تأخيرها وفي كل موضع لا تحل القسمة إذا ضاع أحد النصيبين يضيع على الشركة وما بقي يبقى على الشركة وقسمة الوصي الميراث بين الصغار لا تجوز لأن القسمة بمعنى البيع ولا يجوز شراء الوصي مال أحد الصغيرين للصغير الآخر لأن بيعه مقيد بشرط أن يكون فيه منفعة ظاهرة للصغير فإن كان لأحدهما فيه منفعة ظاهرة يكون للآخر فيه مضرة ظاهرة فلم يجز البيع فلم تجز القسمة وعند محمد لا يلي العقد من الجانبين بكل حال والحيلة في جواز هذه القسمة أن يبيع حصة أحد الصغيرين مشاعا وإن كانوا ثلاثة باع حصة أحد الصغار من آخر ثم يقاسم مع المشتري ثم حصة أحد الصغيرين كي يمتاز حق أحدهما عن الآخر وإن كانوا الورثة صغارا وكبارا والكبار غيب لا تجوز قسمته في العقار لأنه لا يلي بيعه على الكبار وكذلك قسمته وفي العروض له ولاية القسمة كما يلي بيعها لأن الكبار الغيب النجة وأما الصغار في هذه الحالة فصار كأن الكل صغار ولو كان الكل صغارا تجوز قسمته فكذا هذا وإن كان الكبار حضورا جاز قسمته على الصغار مع الكبار لأن هذه قسمة جرت بين اثنين والقسمة بين الصغار جرت من الواحد لأنه لا يلي القسمة من الجانبين فلم تجز القسمة في حق الصغار جائزة القسمة في حق الكبار صحيحة لأنها جرت بين الكبير والوصي في نصيب الصغار وإذا قسم الوصيان التركة بين الورثة وأخذ كل واحد منهما نصيب بعضهم فالقسمة فاسدة لأن القسمة لا تكون إلا بين اثنين وكلاهما كشخص واحد لا يملك أحدهما التفرد بالقسمة عندهما وعند أبي يوسف وإن كان ينفرد أحدهما بالقسمة إلا أن كل واحد وكل صاحبه في القسمة فتصير قسمته مع صاحبه كقسمته مع نفسه قال رحمه الله ﴿ولو قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع بثلث ما بقي﴾ أي لو قاسم الوصي الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك في يده رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا أن الموصى له شريك الورثة فيرجع الموصى له على ما في يد الورثة إن كان باقيا فيأخذ بثلثه لعدم صحة القسمة في حقه وإذا هلك في أيديهم فله أن يضمنهم قدر الثلث ما قبضوا وإن شاء ضمن الوصي ذلك القدر لأنه متعد فيه بالدفع إليهم والورثة بالقبض فيضمن أيهما شاء قال رحمه الله ﴿وإن أوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده أو دفع إلى من يحج عنه فضاع في يده يحج عنه بثلث ما بقي﴾ أي إذا أوصى بأن يحج عنه فقاسم الوصي الورثة فهلك ما في يد الوصي فإنه يحج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك إذا دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع ما دفعه إليه يحج عنه بثلث الباقي وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف إن كان المفرز مستغرقا الثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه وإن لم يكن مستغرقا للثلث

يخرج عنه بما بقي من الثلث الى تمام الثلث وقال محمد لا يحج عنه بشيء وقد قررناه في المناسك قال رحمه الله ﴿وصح قسمة القاضي وأخذه
حظ الموصى له ان غاب﴾ أي ان غاب الموصى له لان الوصية صحيحة وان كان قبل القبول ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير
الوصية ميراثا لورثته والقاضي ناظر في حق العاجز وافراز نصيب الغائب وقبضه من النظر فينفذ ذلك عليه حتى لو حضر الغائب
وقد هلك المقبوض في يد القاضي أو أمينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضي وهذا في المكيل والموزون لانه افراز ومعنى
المبادلة فيه تابع حتى جاز أخذه لاحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا ولهذا يجوز بيع نصيبه مرابحة وأما ما لا يكال ولا يوزن
فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة قال رحمه الله ﴿وبيع الوصي عبدا من التركة
بغيبة الغرماء﴾ أي صح بيع الوصي عبدا لاجل الغرماء لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولاه بنفسه حال حياته يجوز بيعه وان
كان في مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصي لقيامه مقامه وهذا لان حق الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصورة والبيع
لا يبطل المالية لانه أخلف بدلا وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له في التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان للغرماء حق الاستيفاء
بخلاف ما نحن فيه قال رحمه الله ﴿وضمن الوصي ان باع عبدا أوصى ببيعه والتصدق بثمنه ان استحق العبد بعد هلاك ثمنه عنده﴾
معناه اذا أوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه على المساكين فباع الوصي العبد وقبض الثمن فضاع الثمن في يده وهو المراد بالهلاك
المذكور في المختصر ثم استحق العبد بعد ذلك ضمن الوصي الثمن للمشتري لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه لان المشتري ما رضي
ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ البائع وهو الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ولم يتعرض لضمان الوصي
في الاستقراض ولا في الطعام والوديعة والبيع بطلب الغرماء أو بغير طلب ونحن نذكر ذلك تتميما للفائدة قال في المبسوط فالوصي
تارة يضمن وتارة لا يضمن فاذا أمر الوصي المستودع ان يقرض مال اليتيم فأقرض ضمن المستودع لان الوصي لا يملك الاقراض
من مال الصبي فلا يملك التوكيل والامر به فلم يصح الامر بالاقراض ولو قضى الوصيان دينا بالرجل ثم شهدا ان له على الميت دينا
لم يجز ويضمنان ان ظهر دين آخر لانهما بشهادتهما يدفعان عن أنفسهما مغرما لانهما صارا ضامنين ما دفعا الى الاول لانهما دفعا
بغير أمر القاضي ولو شهدا به قبل ان يقضيا جاز لانهما بشهادتهما لم يجرا الى أنفسهما نفعا ولا يدفعان مغرما وهو لزوم قضاء الدين
ومسائل الاطعام على فصول الاول لو أوصى بان يطعم عشرة مساكين لكفارة يمينه وغدى الوصي عشرة ثم ماتوا قال رحمه الله يغدي
ويعشي عشرة أخرى ولا يضمن الوصي لانه غداهم بأمر الموصي لان التغدية اطعام ولكنه لم يكمل وفات الاكمال لا بمعنى من جهته
فلا يصير متعديا ان قال اطعموا عني عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يسم كفارة فغدى عشرة ثم ماتوا فانه يعشي عشرة سواهم
لان الواجب في كفارة اليمين سد عشرة خلات ودفع عشرة جوعات وذلك يحصل بالتغدية والتعشية وبالموت فات ذلك فيغدي
ويعشي غيرهم فأما اذا نص على الاطعام غداء وعشاء فالجمع والتفريق سواء وروى هشام عن أبي يوسف أنه ان قال أطعم عني
عشرة مساكين فغدى عشرة ثم ماتوا يضمن الوصي قياسا ولا يضمن استحسانا ويعشي غيرهم لانه أمرهم بالاطعام مطلقا فيلتحق
بالاطعام الواجب شرعا في الكفارة لانه نص على الغداء والعشاء فسواء فرق أو جمع جاز رجل أودع رجلا مالا وقال ان مت فادفعه
الى ابني فدفعه اليه وله وارث غيره ضمن حصته ولا يكون هذا ايصاء لانه لم يفوض اليه التصرف في التركة فبقي أمينا للورثة والامين
اذا دفع مال الورثة الى أحدهم ضمن وان قال ادفعه الى فلان غير وارث ضمن المال الذي دفعه اليه قال أبو يوسف اذا خلط الوصي
مال اليتيم بماله فضاع فلا ضمان عليه لان له ولاية حفظه كيفما كان مريض اجتمع عنده قرابته يأكلون من ماله قال أبو القاسم
الصفار ان أكلوا بأمر المريض فمن كان منهم وارثا ضمن ومن كان غير وارث حسب ذلك من ثلثه قال الفقيه أبو الليث احتاج
المريض الى تعاهدهم في مرضه فأكلوا معه ومع عياله بغير اسراف فلا ضمان عليهم رجل مات وعليه دين فباع وصيه رقيقه للغرماء
وقبض الثمن فضاع عنده أو مات بعض الرقيق في يد الوصي قبل أن يسلم الى المشتري فالمشتري يرجع بالثمن على الوصي ويرجع به
الوصي على الغرماء لانه في البيع عامل للغرماء ومن عمل لغيره ولحقه فيه ضمان رجع به على المعمول له ولو استحق العبد ورجع
المشتري بالثمن على الوصي لم يرجع الوصي بالثمن على الغرماء الا أن يكون الغرماء أمروه ببيعه وكذلك لو قال الغرماء له بع رقيق
الميت وانصفنا لم يرجع عليهم ولو كانوا قالوا أبع عبد فلان هذا رجع بالثمن عليهم لانهم غروه الا أن يكون الثمن من دينهم فلا يرجع
عليهم بأكثر من دينهم ولو قال له بع هذا العبد فانه لفلان فقال الوصي لا أبيعه ثم باعه ثم استحق وقد ضاع الثمن رجع به الوصي على

الغريم ولو لم يكن على الميت دين ولكن أوصى ببيع الرهن للورثة الكبار لانهم في جميع هذه الوجوه كانهم له الغرماء وان كانوا صغارا لم يرجع عليهم في الاستحقاق ولو باع القاضي رهن الميت للغرماء فضاع الثمن عنده ثم استحق الرهن رجع المشتري بالثمن على الغرماء لا على القاضي لانهم عنزلة بيع الغرماء كانهم تولوا البيع بانفسهم رجل أوصى بعتق عبده ثم جنى العبد جناية بعد موت الموصي فاعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو ضامن أرش الجناية وان لم يعلم ضمن قيمته ولا يرجع بذلك على أحد لان الميت انما أوصى بعتقه قال أبو علي ولقاضي لم يكن للوصي أن يعتقه الا أن يضمن الجناية عنه فاذا أعتقه فهو متطوع في عتقه والجناية لازمة له فان قال الوصي عند القاضي قد اخترت امساك العبد وأشهد على نفسه بذلك شهودا فليس له أن يرجع ويدفع العبد فان لم يكن لهم مال غير العبد فعليه أن يبيع ويؤدي أرش الجناية من ثمنه فان مات العبد قبل أن يبيعه بعدما اختاره فالجناية دين على الايتام حتى يؤدوها قال رحمه الله ﴿ويرجع في تركة الميت﴾ لانه عامل له فيرجع به في تركته كالوكيل وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يرجع الوصي على أحد لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشيء ثم رجع الى ما ذكره هنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فيأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث ونحن لا نسلم أنه يرجع عليه بحكم الوصية بل بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين عليه يقضى من جميع التركة وان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء ولا يرجع بشيء كما في سائر ديون الميت وفي المنتقى لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء وانما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن لانه عامل لهم فكان غرمه عليهم قال رحمه الله ﴿وفي مال الطفل ان باع ماله واستحق المبيع رجع في مال الصغير﴾ لانه عامل له قال رحمه الله ﴿وهو على الورثة في حصتهم﴾ أي الصبي يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه قال رحمه الله ﴿وصح احتياله بماله لو خيرا له﴾ أي يجوز احتيال الوصي بمال اليتيم اذا كان فيه خير بان يكون الثاني أملأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول أملأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو على تقدير أن يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا أو جحد الحوالة ولم يكن له عليه بينة فلا يرى رجوع الدين على الاول وقوله لو خيرا بين انه يصح احتياله اذا كان الثاني خيرا من الاول ولم يبين حكم ما اذا كانا سواء في الدخيرة واختلف الناس فيه ذكر الحلواني ان كان الثاني مثل الاول لا يجوز بخلاف بيعه مال اليتيم بمثل قيمته حيث يجوز والحوالة لا يجوز قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي اعلم أن للوصي أن يأخذ الكفيل بدين الميت لان الكفالة لا توجب براءة الاصيل ولو احتال بماله وأخذ الكفيل بشرط براءة الاصل فينظر ان كان ذلك خيرا لليتيم فانه يجوز اذا كان المحال عليه أملأ حتى لو أدرك وقبل أخذ الدين فليس له أن يفسخ الحوالة وان لم يكن أملأ من المحيل فانه لا يجوز هذا اذا كانت الدين بمداينة الميت وأما اذا ثبت بمداينة الوصي فانه يجوز سواء كان خيرا لليتيم أو شرا له الا انه اذا كان خيرا له فانه يجوز بالاتفاق حتى انه اذا أدرك وأراد أن ينقض ذلك ليس له ذلك وان كان شرا له جاز ذلك ويضمن الوصي لليتيم عندهما وعند أبي يوسف لا يجوز اذا كان شرا قال رحمه الله ﴿أو بيعه وشراؤه بما يتغابن﴾ أي يجوز بيع الوصي وشراؤه بما يتغابن الناس في مثله ولا يجوز بما لا يتغابن الناس لان الولاية نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد باب الوصاية بخلاف العبد والصبي المأذون لهما في التجارة والمكاتب حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر والصبي يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش تبرع وهم ليسوا من أهلهما ولا ضرورة اليه وهذا اذا باع الوصي للصغير مع الاجنبي وأما اذا اشترى شيئا من مال اليتيم لنفسه أو باع شيئا منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة اذا كان فيه منفعة ظاهرة وهو أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر وان لم يكن فيه نفع فلا يجوز وعلى قول محمد وأظهر الروايات عن أبي يوسف انه لا يجوز بيعه من نفسه بكل حال هذا في وصي الاب وأما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيل وللاب أن يشتري شيئا من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة والغبن يسير وقال المتأخرون من أصحابنا لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير الا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن أو يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد وبه يفتى وأطلق المصنف في البيع والشراء فيشمل العروض والعقار وما يخاف عليه الفساد وغير ذلك وسيعلم حكم العقار اذا كانت الورثة كلهم صغارا أو سيأتي حكم تصرفه واذا كانوا كبارا أو مختلطين

واذا ادعى رد الوديعة ثم مسائله ثلاثة أقسام قسم يصدق فيه بالانفاق وقسم لا يصدق فيه بالانفاق وقسم اختلفوا فيه أما الاول اذا قال الوصي ان أباك ترك رقيقا أنفقت عليهم أو قال اشتريت رقيقا وأديت الثمن ثم ماتوا وأنا به يصدق لانه أقر بما هو مسلط عليه من جهة الشرع لانه مسلط على ما فيه اصلاح الصغير والانفاق عليه وعلى رقيقه مقدار حاجتهم اصلاح لهم فيصدق فيه ولو قال اشتريت من فلان العبد الذي في يده ودفعت الثمن وأنكر ذو اليد يصدق على الصبي دون ذي اليد لانه مسلط على الشراء والبيع وتنمية مال الصبي فانه اصلاح لماله كيلا تستأصله النفقة ولو قال استأجرت رجلا لرد الآبق صدق اتفاقا لان الاستئجار فعل هو مسلط عليه شرعا لما فيه من اصلاح الصغير واحيائه وأما القسم الثاني لو قال أنفقت من مالي لارجع عليك لم يصدق وكذلك لو قال استهلكت مالا فأديت ضمانه وأنفقت على أخ لك كان رجلا لم يصدق لانه أقر بما لم يكن مسلطا عليه لانه غير مسلط على الانفاق من مال نفسه ولا على الانفاق من مال اليتيم على محارمه قبل فرض القاضي وأما القسم الثالث لو قال أتى غلامك وأديت جعل الآبق وأديت خراج أرضك عشر سنين وقال الوارث لم تؤد الا حظ سنة صدق الوصي عند أبي يوسف خلافا لمحمد وكذلك لو اختصما والارض لا تصلح للزراعة بان غلب عليها الماء وقال الصبي كانت كذلك وقال الوصي كانت صالحة فعلى الخلاف وعلى الاول لو كانت تصلح للحال يصدق الوصي احالة للحال على مدة المالك لان الوصي أقر بما ليس بمسلط عليه شرعا لان ذلك ليس من الغلة والتسليط يستحق على فعل الغير ولا يصدق فيه كما لو قال ان عبدك جنى ففديته بكذا أو استهلك مال انسان فأديت ضمانه من مالك لا يصدق فكذا هذا الا أن يوسف ان أقر بما هو مسلط عليه شرعا في ماله لانه بدل مال الصبي وأحد مارائه عوضا يعدله أو منفعة فانه لا يتمكن من المزارعة الا بالخراج وكان الخراج بدل ماله ليقع مقابله وكذلك اصلاح أمر أرضه والوصي مسلط على التصرف في مال الصبي اذا كان فيه اصلاح وارفاق ولو أحضر الوصي رجلا الى القاضي فقال ان هذا رد عبد الصبي من الاباق فوجب له الجعل في يدي مال هذا الصبي فأعطيه هل يصدقه القاضي قيل هذا على الخلاف أيضا وقيل لا يصدقه بالانفاق فيحتاج أبو يوسف الى الفرق بينهما والفرق انه ثمة ادعى وجوب الجعل في ماله لغيره وهو غير مسلط على الدعوى لغيره في مال الصبي وهنا ادعى انه كان الجعل من مال الصغير ولم يدع الجعل في ماله للحال فكان مسلطا على التصرف في مال الصغير لاحياء ماله واصلاحه قال رحمه الله ﴿وبيعه على الكبير في غير العقار﴾ أي بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب لا يلي العقار ويلي ما سواه فكذا وصيه لانه قائم مقامه وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا ولا الاب كما لا يملك على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا وهما يخاف عليه الفساد لان حفظ ثمنها أيسر وهو يملك الحفظ وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه للبيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى الا كثر من ذلك وعند أبي حنيفة جاز له أن يبيع كله لانه يبيعه بحكم الولاية فاذا ثبت في البعض ثبت في الكل لانها لا تتجزأ ولو كان يخاف هلاك العقار ويملك بيعه لانه تعين حفظ المنقول والاصح انه لا يملك لانه نادر وقال في العناية فان قلت ما حكم ما اذا كان الكل كبارا غيبا أو الكل صغارا في حكم ما اذا كان بعضهم كبارا وبعضهم صغارا قال في المحيط وان كانت الورثة صغارا وكبارا وعلى الميت دين أو أوصى لوصيه بيع العروض والعقار عند أبي حنيفة وعندهما يبيع المنقول وحصة الصغير في العقار وأما حصة الكبار الحضر فلا يملك بيعها وان كانوا غائبين فيملك وقد تقدم بيانه قال رحمه الله ﴿ولا يتجر في ماله﴾ أي الوصي لا يتجر في مال اليتيم لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة فان قلت هذه العبارة على اطلاقها غير صحيحة لان المنقول في جامع الفصولين وغيره أن للوصي أن يتجر في مال اليتيم وينبغي أن يكون المراد ولا يتجر لنفسه في مال اليتيم كما صرح به قاضيخان ووصي الاخ والعم والام في مال تركتهم ميراثا للصغير بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب بخلاف مال آخر للصغير غير ما تركه الموصي حيث لا يملك الوصي بيعه لان الوصي قائم مقام الموصي وهو الاخ ومن بعده وليس لواحد منهم التصرف في مال الصغير فكذا وصيهم بخلاف الاب والجد حيث يكون لهم ولاية التصرف في مال الصغير مطلقا من غير تقييد بما تركه ميراثا فكذا وصيه يملك ذلك ويشهد للقيد الذي ذكرناه ما في المبسوط وللوصي أن يأخذ مال الصغير مضاربة لا بها تجارة وليس له أن يؤاجر نفسه من اليتيم لان القيام بمصالح اليتيم واجب على الوصي فلا حاجة الى استئجاره وصي كان في يده ألف درهم لآخرين فقال دفعت الى أحدهما نصيبه وكذبه المدفوع اليه فالباقي بينهما نصفان ولا يضمن الوصي لانه أمين فيه

وهو مسلط على الدفع والرد فيصدق فيه وصي عنده ألفان ليتيمين فأدركا فدفع الى أحدهما ألفا وصاحبه الآخر حاضر وجحد القابض القبض منه يغرم الوصي خمسمائة بينهما لأن قسمته لا تجوز ولو كان القابض مقرا كان للآخر أن يأخذ منه خمسمائة وان شاء ضمن الوصي ويرجع بها عليه لأنها المال عند القسمة في حق الآخر شريكا فيما قبضه صاحبه فله أن يأخذ نصيبه منه والوصي بالدفع صار ضامنا ومتى أدى الضمان ملك المضمون وهو نصيب الجاحد فرجع بنصيبه على صاحبه ولو قال لهما بعدما كبرا قد دفعت اليكما ألفا فصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المنكر على أخيه بمائتين وخمسين درهما وان أنكرا لم يكن لهما على الولي شيء لأنه أمين ادعى رد الأمانة الى صاحبها ولو قال الوصي دفعت الى كل واحد منكما خمسمائة على حدة وصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المكذب على الوصي بمائتين وخمسين درهما لأن قسمته لا تجوز عليهما وهما حاضران ولو كانا غائبين جازت القسمة عليهما رجل مات وترك ابنين صغيرين فلما أدركا طلبا ميراثهما فقال الوصي جميع تركة أبيكما ألف وقد أنفقت على كل واحد منكما خمسمائة وصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المكذب على المصدق بمائتين وخمسين ولا يرجع على الوصي في ذلك عند زفر وهو رواية عن أبي حنيفة وفي رواية عن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه يرجع لأن الوصي أمين ادعى صرف الأمانة الى نفقتهما وحاجتهما وهو مسلط عليه من جهة الشرع فيصدق فيه في حق براءة نفسه عن الضمان ولا يصدق في ابطال حق المكذب فيما وصل الى المقر بالنفقة فصار المقر مقرا بالشركة فيما وصل اليه وذلك خمسمائة وقال أبو يوسف لا يرجع المقر على المنكر بشيء والقول قول الوصي لأنه يصدق في الانفاق على المنكر لأنه مسلط عليه وهو مأمور من جهة الشرع فيصدق فيه فثبت الانفاق عليه فصار كأنه وصل اليه خمسمائة معاينة وفي الفتاوى رجل باع ضيعة اليتيم من مفلس يعلم أنه يعجز عن استيفاء ثمنه منه قال أبو نصر القاضي المشتري ثلاثة أيام فان نقده الثمن والا نقض البيع وقال نصير بن يحيى للوصي أن يأكل من مال اليتيم ويركب دابته اذا ذهب في حاجته قال الفقيه أبو الليث هذا اذا كان محتاجا لقوله تعالى ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فان لم يكن محتاجا لا يجوز لقوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما الآية من غير تفصيل ولكن هذه الآية صارت منسوخة بالأولى وذكر في المنتقى لا يركب الوصي من مال اليتيم في حاجته الا باذن القاضي والنفقة من مال الموصى وفي فتاوى الفضلي وصي أخذ أرض الصبي مزارعة قال لا يجوز ان شرط البذر على اليتيم لأنه صار مؤاجرا نفسه ببعض الخارج وليس له أن يؤاجر نفسه من الصبي وان كان البذر منه يجوز عندهما اذا كان خيرا لليتيم لأنه صار مستأجرا أرضه ببعض من بذره وله أن يستأجر أرض الصبي بالدراهم فكذا ببعض الخارج وفي واقعات الناطفي قال ولو أخذ الوصي مال اليتيم وأنفقه في حاجة نفسه ثم وضع مثل ما أنفق لا يبرأ عن الضمان الا أن يبلغ اليتيم فيدفعه اليه أو يشتري لليتيم شيئا ثم يقول للشهود كان على لليتيم كذا وكذا وأنا أشتري ذلك له فيصير قصاصا ويبرأ عن الضمان رجل بنى جدارا بين دار بين الصغيرين لهما عليه حمولة ويخاف السقوط ولكل واحد منهما وصي وطلب أحدهما مرمته وأبى الآخر فالقاضي يبعث أمينا لينظر فيه فان رأى في تركه ضررا عليهما أجبر الآبي حتى يبني مع صاحبه بخلاف ما لو أبى أحد الشريكين لأنه قد رضي بادخال الضرر عليه فلا يجبر وههنا أراد الوصي ادخال الضرر على اليتيم فيجبر وصي على يتيمين فباع دار أحدهما فاشترى لليتيم الآخر فهو جائز وقد تقدم ما يخالف ذلك في قوله وتنفيذ وصية معينة واذا باع القاضي على اليتيمين فاشترى لآخر لا يجوز لأن هذا اقضاء والقضاء اذا كان المقضي عليه مجهولا لا يجوز قال رحمه الله ﴿ووصي الأب أحق بمال الطفل من الجد﴾ وقال الشافعي رحمه الله الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب عند عدمه حتى أحرز ميراثه فيتقدم على وصيه ولنا أن ولاية الأب تنتقل اليه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيتقدم عليه في المال والجد في الولاية لأنه أقرب اليه وأشفق عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي

﴿فصل في الشهادة﴾ قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا يختص بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها قال رحمه الله ﴿شهد الوصيان ان الميت أوصى الى زيد معهما لغت شهادتهما﴾ أي بطلت لأنهما يجران بها الى نفسهما منفعة باثبات المعين لهما فترد للتهمة فاذا ردت ضم القاضي اليهما ثالثا لأن في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصي آخر معهما للميت واقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد الوصي لامتناع تصرفهم بدونه فصار حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الأوصياء الثلاثة وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصي لامتناع تصرفهم بدونه فصار كأنه مات ولم يوص لأحد فيضم اليهما ثالثا ليمكنهم التصرف وهذا وجه الاستحسان فيجب الضم قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فما لم يكن

لم يدفعا عن أنفسهما مغرما بشهادة وكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي إذا كان
الموصى إليهما حيين شهدا بذلك كان من زعمهما أنهما لا ينفردان بالتصرف في هذا المال إلا بثالث فإنه من جهة الموصي ما لم يكن ثم وصي
وهناك تقبل الشهادة وكذا هنا كذا ذكره الإمام المحبوبي في باب الأوصياء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير وإلى هنا لفظ النهاية
واقتفى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية وقال تاج الشريعة لو سأل الأمين القاضي أن يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه
فعلى القاضي أن يجيبهما إلى ذلك اهـ ثم إن هذا إحالة الضم إلى الوصيين مطلقا وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث
إليهما ألبتة وإن بطلت شهادتهما كما مضى عليه في عامة الكتب المعتبرة اهـ ولم يتعرض لما إذا أنكر المشهود عليه أو صدقه
ولم يقبل أو قبل ردا أو لم يرد وعن هذا ذكره تتميما للفائدة قال في الأصل وإذا كذبهما المشهود عليه أدخل معهما رجلا آخر سوى
المشهود عليه ومن مشايخنا من قال ما ذكر من أنه يدخل معهما ثالثا هذا قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف لا يدخل
معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر فإنه لم يوجد فيه خلاف ٧ وإن صدقهما وقال
لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم أبى لا يقبل رده وإباؤه إلى هنا لفظ المحيط ثم إن بعض المتأخرين استشكل
هذا المقام بوجه آخر فقال فيه إن وجوب كون المضموم ٧ هذا المدعى أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب
عليها أثر اهـ أقول ليس هذا بشيء لأن شهادة المتهم إنما لا تقبل في إثبات حق شرعي وإلا فإنه في إسقاط شيء ككونه التعيين فيما نحن
فيه فإن شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وإن لم تثبت الوصاية كما أشار إليه المصنف بقوله فيسقط بشهادتهما مؤنة
التعيين عنه أما الوصاية فتثبت بنصب القاضي وكم من شيء يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الإثبات كالاستصحاب ونحوه
فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليها أثر الدفع وقد أفصح عنه صاحب العناية حيث قال وجه الاستحسان
أن القاضي ملك نصب الوصي إذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وإنما أسقطا عنه مؤنة
التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الأنصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة
فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين اهـ قال رحمه الله ﴿إلا أن يدعي زيد﴾ أي يدعي زيد أنه وصي معهما فحينئذ تقبل
شهادتهما وهذا استحسان والقياس أن لا تقبل كالأول وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم إليهما ثالثا على ما بينا آنفا
ويسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي إياه كما إذا مات ولم يترك وصيا فإنه ينصب وصيا ابتداء فهذا
أولى قال رحمه الله ﴿وكذا الابنان﴾ يعني لو شهد الابنان أن أباهما أوصى إلى رجل وهو منكر لا تقبل شهادتهما لقول شريح
لا أقبل شهادة خصم ولا مريب أي متهم وإن ادعى المشهود له الوصاية تقبل استحسانا على أنه نصب وصيا ابتداء على ما ذكرنا في
شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما إذا شهدا أن أباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل سواء ادعى الرجل الوكالة أو
لم يدع لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصي قال رحمه الله ﴿وكذا لو شهدا لولد صغير بمال على الميت﴾
أي لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال على الميت لا تقبل فشهادتهما باطلة لأنهما يثبتان ولاية التصرف لأنفسهما في ذلك فصارا
متهمين أو خصمين فلا تقبل قال رحمه الله ﴿أو لكبير بمال الميت﴾ يعني إذا شهد الوصيان لولد كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما أيضا
لأنهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لأنفسهما عند غيبة الوارث بخلاف شهادتهما للكبير بخلاف التركة لانقطاع ولايتهما
عنه لأن الميت أقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما إذا كان الوارث صغيرا أو الموصي أبا حيث لا تقبل شهادتهما في الكل
لأن لوصي الأب التصرف في مال الصغير جميعه فيكونان متهمين فلهذا لم يقيده بالمال الموروث منه في حق الصغير وقيده به في الكبير
وهذا عند أبي حنيفة وقالا إذا شهدا للوارث الكبير تجوز في الوجهين أي في التركة وغيرها لأن ولاية التصرف لا تثبت لهما في مال الميت
إذا كان الورثة كبارا فعريت عن التهمة بخلاف ما إذا كانوا صغارا على ما بيناه والجمع على ما بيناه وفي المحيط إذا شهد غرماء الميت
أنه أوصى لفلان بكذا لا تقبل شهادتهم قياسا ولو شهد أحدهما أنه أوصى لفلان بثلث ماله وشهد الآخر أنه أوصى له بثلث ماله
وقال أعطوا منه فلانا ألف درهم قال محمد يعطى الموصى له ثلث المال ولا ينقص منه ألفا فكأنه أوصى له بثلث الألف لأنهما اتفقا
على الشهادة بالثلث وانفرد أحدهما بشهادة الألف لفلان فما اتفقا عليه يقبل وما انفرد أحدهما به يرد لأن القائم به شهادة
فرد وصار بمنزلة ما لو استثنى أحدهما شيئا من الألف وإذا شهد شاهدان أن الميت أوصى لفلان بدراهم وشهد شاهدان أنه أوصى

لهما بعد ما عبر أو انه ما بعينه والآخران بدراهم جازت الشهادة لأن كل فريق يشهد على عقد الوصية لا على الملك وتمكن اثبات العقدين وفي كان الموصى به واحدا بطلت الشهادتان كما لو شهد أحد الفريقين بالبيع من هذا والآخر ببيعه من هذا لم تقبل وفي كان الموصى به مختلفا فقد أمكن اثبات الوصيتين فتقبل واذا شهد الوصيان لرجل كبير أن ذا الميت جاز وان كان صغيرا لم يجز قياسا لأنهما بنقصان ميراثه فيكونان متهمين وتقبل استحسانا على النسب وعلى التزويج لأن المشهود به النسب واستحقاق الميراث انما يثبت حكما لبيان النسب لا مقصودا بالشهادة قال رحمه الله ﴿ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بمثله تقبل وان كانت شهادة كل فريق بوصية ألف لا﴾ وهذا عند محمد وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا ويروى أبو حنيفة مع محمد ويروى مع أبي يوسف وعن أبي يوسف مثل قول محمد وروى الحسن عن أبي حنيفة انهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة وان شهد اثنان لاثنين فقبلت ثم ادعى الشاهدان بعد ذلك على الميت بألف درهم فشهد لهما الاولان تقبل قال في العناية حصر هذه المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو ثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلان بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخرا وان يشهد الرجلان بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد يعني ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو ثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما ثبتت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب وأما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا اه أقول تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لانه ان أراد بالاوجه الاقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير أحدها ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وما عداه وجه رابع داخل في القسم الثاني لا محالة وان أراد بها الامثلة فهي خمسة لا أربعة كما تدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين منها وجها واحدا على أن قوله الاول ما اختلفوا فيه والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالاوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبا أيضا الى كون الاوجه في حصر هذه المسائل أربعة الا أن تقريرهما لا يأبى كون المراد بالاوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما يأباه تقرير صاحب العناية فانهما قالا وحصر هذه المسائل على أربعة أوجه في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين أخرى كالجارية لانه لا شركة للشهود فيه فلا تتمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضا وفي الوجه الثالث لا تقبل أيضا وهو ان يشهد الرجلان ان الميت أوصى للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين ثم ان الحق أن تثبت القسمة ههنا كما فعله الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا حيث قال واذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين بدين على الميت فان هذا على ثلاثة أوجه في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بأمثلته ودليله كما فعل شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلاثة فصول أحدها ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منهما لمحمد ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى ولا شركة فيه اذا لم يجب بسبب واحد ولهذا يختص أحدهما بما قبض ولا يكون للآخر حق المشاركة ولا ينتقل بالموت من الذمة الى التركة ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط الدين وأن للوارث ان يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر ولا يمكن الشركة بينهم فصار كما لو شهد الفريقان في حال حياته بخلاف الوصية فان حق الموصى له يتعلق بالعين المتروكة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة وليس للوارث ان يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر ولو قبض أحد الفريقين شيأ كان للفريق الآخر حق المشاركة فكان كل فريق مثبتا لنفسه حق المشاركة في التركة فلا تصح شهادتهما ولأبي يوسف ان الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كان مستغرقا بالدين فشهادة كل فريق للآخر تلاقي محلا اشتركا فيه وصار نظير مسئلة الوصية فلا تقبل بخلاف الشهادة في حال الحياة لان الدين في ذمته لبقائها في المال فلا تتحقق الشركة وجه

رواية الحسن انهما اذا جاءا معا كان ذلك بمعنى المعارضة فتتفاحش التهمة فترد بخلاف ما اذا كان على التعاقب لان الاول قد مضى
وثبت بمعنى المعارضة ولا تهمة في الثاني لا تراخيه عن الاول عند صدوره فصار كالاول والوصية بجزء شائع كالوصية بالدراهم المرسلة فيما
ذكرنا من الاحكام حتى لا تقبل فيها شهادة الفريقين لانها تثبت الشركة ولو شهد رجلان انه أوصى لرجلين بعين كالعبد وشهد
المشهود لهما انه أوصى للشاهدين بثلث ماله أو بالدراهم المرسلة فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة بخلاف ما اذا
شهد رجلان لرجلين أنه أوصى لهما بعين أخرى حيث تقبل الشهادتان لانه لا شركة فلا تهمة والله تعالى أعلم

﴿كتاب الخنثى﴾

وهو على وزن فعلى بالضم من التخنث وهو اللين والتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه وسمي خنثى لانه يتكسر وينقص حاله
عن حال الرجل وجمعه خناثى وفي الشرح ما ذكره المؤلف قال في النهاية لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة من النساء والرجال
شرع في بيان من له آلتان فقدم ذكر الاول لما ان الواحد قبل الاثنين ولان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه اه
أقول فيه بحث أما أولا فلان ما ذكر في الكتب السابقة من الاحكام ليس بمخصوص بمن له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة
ومن له آلتان ألا ترى ان الاحكام المارة في كتاب الوصايا مثلا لجارية بأسرها في حق الخنثى أيضا وكذلك الحال في أحكام سائر
الكتب المتقدمة كلها أو جلها فما معنى قوله لما فرغ من أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آلتان وجعل
المصنف في الهداية لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه حيث قال فصل في بيانه ثم قال
فصل في أحكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان أحكامه وانما ذكر أحكامه في الفصل
الثاني بعد ان ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صح ان يقال شرع في أحكامه أيضا بتأويل فما معنى تخصيص الشروع
بالثاني في قوله شرع في بيان أحكام من له آلتان وقال في العناية لما فرغ من أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر
الوجود اه وانما قال المشكل ولم يقل المشكلة لان ما لم يعلم تذكيره ولا تأنيثه الاصل فيه التذكير قال رحمه الله ﴿هو من
له فرج وذكر﴾ يعني الخنثى من له فرج المرأة وذكر الرجل وظاهر عبارة المؤلف انه لا بد من الآلتين قال الشلبي أو لا
يكون له فرج ولا ذكر ويخرج بوله من ثقب في المخرج أو غيره ولا يخفى ان الله يخلق ما يشاء فيخلق ذكرا فقط أو أنثى فقط أو خنثى
قال رحمه الله ﴿فان بال من الذكر فغلام وان بال من الفرج فأنثى﴾ لانه عليه الصلاة والسلام سئل كيف يورث فقال من
حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله وروي ان قاضيا من العرب في الجاهلية رفع اليه هذه الواقعة فجعل يقول هو ذكر
وامرأة فاستبعد قومه ذلك فتحير ودخل منزله فجعل يتقلب على فراشه ولا يأخذه النوم لتحيره وكانت له بنت تغمز رجله فسألته
عن ذكره فأخبرها بذلك فقالت دع الحال واتبع الحكم المبال فخرج الى قومه فحكى لهم ذلك فاستحسنوا فعرف بذلك ان
هذا الحكم كان في الجاهلية فأقره الشرع ولان البول من أي عضو كان فهو دليل على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر
بمنزلة العيب وذلك انما يقع به الفصل عند الولادة لان منفعة تلك الآلة خروج البول وذلك عند انفصاله من أمه وما سوى ذلك
من المنافع يحدث بعده فعلم بذلك أنه هو الاصل قال رحمه الله ﴿فان بال منهما﴾ فالحكم للاسبق لانه دليل على انه هو العضو
الاصلي ولانه كما خرج البول حكم بموجبه لانه علامة تامة ولا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الآلة الاخرى قال رحمه الله ﴿وان
استويا﴾ أي في السبق ﴿فمشكل﴾ لعدم المرجح قال رحمه الله ﴿ولا عبرة بالكثرة﴾ وهذا عند أبي حنيفة وقالا ينسب
الى أكثرهما بولا لانه يدل على انه العضو الاصلي ولان للاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة
ما يخرج ليس بدليل على القوة لان ذلك لاتساع المخرج وضيقه لا لانه هو العضو الاصلي ولان نفس الخروج دليل بنفسه فالكثرة
لا يقع بها الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والاربعة وقد استقبح أبو حنيفة اعتبار ذلك فقال هل رأيت قاضيا يكيل
البول بالاواقي قال رحمه الله ﴿فان بلغ وخرجت له لحية أو وصل الى النساء فرجل وكذا اذا احتلم من الذكر﴾ لان هذه من
علامة الذكر قال رحمه الله ﴿وان ظهر له ثدي أو لبن أو أمكن وطؤه فامرأة﴾ لان هذه من علامات النساء قال رحمه الله ﴿وان
لم يظهر له علامة أو تعارضت فمشكل﴾ لعدم ما يوجب الترجيح وعن الحسن انه يعد أضلاعه فان أضلاع الرجل تزيد على أضلاع
المرأة بواحد قال رحمه الله ﴿فيقف بين صف الرجال والنساء﴾ لانه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون أنثى لانه لو وقف

في صف النساء فإن كان ذكرا فسدت صلاته في صف النساء ولو وقف في صف الرجال تبطل صلاة من يحاذيه إن كان أنثى ولا يتخلل الرجال ولا النساء وإن وقف في صف النساء فإن كان بالغا تفسد صلاته وإن كان مراهقا يستحب له أن يعيد والأصل في أحكامه أن يؤخذ بالأحوط فالأحوط ويعيد الذي عن يمينه ويساره والذي خلفه الصلاة احتياطا لاحتمال أنه امرأة ويستحب أن يصلي بقناع لاحتمال أنه امرأة ولو كان بالغا يجب عليه ذلك ويجلس في صلاته جلوس المرأة لأنه إن كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروها لو جلس جلوس الرجال والأصل فيه فيما يرجع إلى العادات قال محمد أحب إلي أن يصلي بقناع لاحتمال أنه امرأة يريد قبل البلوغ وإن صلى بغيره فإن كان غير بالغ لا يؤمر بالإعادة إلا استحسانا تخلقا واعتبارا وفي الهداية صلى بغير قناع أمرته أن يعيد وهو الاستحسان هذا إذا كان الخنثى مراهقا غير بالغ فإن كان بالغا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء لا تجزيه الصلاة بغير قناع إذا كان الخنثى حرا وفي السغناقي وفي بعض النسخ وإن كان بالغا فصلى بغير قناع أمرته فإنه يعيد وهذا طريق الاحتياط هكذا لفظ المبسوط ولم يتعرض فيه أن طريق الاحتياط فيه على وجه الاستحباب أو على وجه الوجوب والظاهر الوجوب قال ويجلس في صلاته كجلوس المرأة ولو أحرم هذا الخنثى وقد راهق ولم يبلغ ولم يستبن أنه امرأة قال أبو يوسف لا علم لي بلباسه وقال محمد إن لبس المخيط كان أحوط لجواز أنها أنثى ولا يحل لها كشف العورة قال ويكره أن يلبس الحلي وأراد به ما بعد البلوغ بالسن إذا لم يظهر به علامات يستدل بها على كونه رجلا أو امرأة ويكره لبس الحرير أيضا قال وأكره له أن ينكشف قدام الرجال أو قدام النساء ومعناه إذا كان قد راهق فإن قلت فهل يكره أن يخلو به رجل أجنبي ليس بمحرم منه أو يخلو هو بامرأة أجنبية ليس بمحرم منها قلت نعم إذا خلا بالخنثى رجل محرم منه فلا بأس وكذلك الخنثى إذا خلا بامرأة هو محرم منها ولا يسافر الخنثى بامرأة هي غير محرم منه ولا بأس أن يسافر الخنثى مع محرم من الرجال ثلاثة أيام ولياليها ولا يختنه رجل ولا امرأة لأن الخنثى صبي أو صبية فإن كان صبيا يجوز للرجال أن تختنه وإن كان مراهقا يشتهى أولا وإن كان صبية فلا بأس للنساء أن تختنها إذا كانت غير مراهقة لأنها لا تشتهى وإذا كانت غير مراهقة وهي تشتهى أولا فإن قيل ما الفرق بين الحياة والموت حيث قلتم إذا مات الخنثى يتيمم بالصعيد ولا يغسله رجل ولا امرأة ولم تقولوا إنه يشترى له جارية من ماله أو من مال أبيه أو من مال بيت المال إن لم يكن لها ثم مال ثم يبيعها الإمام بعد ما غسلته ويرد ثمنها إلى بيت المال قلنا شراء الجارية بعد موت الخنثى لتغسله لا يفيد إباحة الغسل لأنه لا يملكها الخنثى ولا تبقى على ملكه لحاجة الغسل فما دام حيا فهو من أهل الملك لأنه رجل أو امرأة فيملك الجارية التي اشتريت له وإذا ملك الجارية التي اشتريت له كان شراء الجارية يفيد إباحة الختان قال رحمه الله ﴿وتبتاع له أمة تختنه﴾ يعني بماله لأنه يجوز لمملوكه النظر إليه مطلقا إن كان ذكرا وللضرورة إن كان أنثى ويكره أن يختنه رجل لاحتمال أنه ذكر أو امرأة لاحتمال أنه أنثى فكان الاحتياط فيما ذكرنا لأنه لا يحرم على تقدير أن يكون ذكرا وعلى تقدير أن يكون أنثى لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف والأصل في مسائل النكاح لو زوج الأب هذا الخنثى امرأة قبل بلوغه أو زوجها فالنكاح موقوف لا يفسد ولا يبطل ولا يتوارثان حتى يستبين أمر الخنثى لأن التوارث حكم النكاح النافذ لا حكم النكاح الموقوف فإن زوجه الأب امرأة وبلغ وظهر علامات الرجال وحكم بجواز النكاح إلا أنه إذا لم يصل إليها فإنه يؤجل سنة كما يؤجل غيره إذا لم يصل إلى امرأته ولو أن هذا الخنثى المشكل زوج خنثى مثله فالنكاح يكون موقوفا إلى أن يستبين حالهما فإن تبين حالهما فالنكاح جائز وإن مات أحدهما أو ماتا قبل أن يزول الإشكال لم يتوارثا وإن ماتا وترك أحد الأبوين فأقام كل واحد من ورثتهما البينة أنه هو الزوج وأن الآخر هو الزوجة لا يقضى بشيء من ذلك ولو أن رجلا قبل هذا الخنثى بشهوة ليس لهذا الرجل أن يتزوج بمحارمه حتى يتبين أمره قال رحمه الله ﴿فإن لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع﴾ لأن بيت المال أعد لنوائب المسلمين فيدخل في ملكه لعدم الحاجة وهي حاجة الختان فإذا اختتنته تباع ويرد ثمنها إلى بيت المال فإذا زوج امرأة فختنته ثم طلقها جاز لأنه إن كان ذكرا صح النكاح وإن كان أنثى فنظر الجنس أخف ثم يفرق بينهما لاحتمال أنه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل الفرقة ثم تعتد إن خلا بها احتياطا ولو حلف بعتق أو طلاق بأن قال إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت طالق أو فعبدي حر فولدت خنثى لم يقع شيء حتى يستبين لأن الحنث لم يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لا يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا وإن قال القولين جميعا عتق الخنثى بأحد الوصفين لأنه لا يخلو عن أحدهما وإن قال الخنثى أنا رجل أو امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلا لأنه دعوى بلا دليل

وذكر في اسمائه معزيا الى التحرير ان قول الخنثى المشكل أنا ذكر أو أنثى كان القول قوله لأن الانسان أمين في حق نفسه والقول قول
الأمين ما لم يعرف خلاف ما قال كما اذا قالت المعتدة انقضت عدتي وأنكر الزوج كان القول قولها ما لم يعرف خلافه ولذا ان ثبت في مدة
لا يقضى في مثلها بعده الأولى ما ذكره في الهداية لا يعتبر الخنثى على رجل لا امرأة لاحتمال انه ذكر أو أنثى فيستحب أن يسجى
قبره لأنه ان كان أنثى أقيم واجب وان كان ذكرا لا يضره التسجية واذا أراد أن يصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي
الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى و يؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل
في قبر واحد لعذر جعل خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد فيكون في حكم القبرين وكذا الرجلان اذا
دفنا في قبر واحد وان دفن مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه ذكر و يدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال انه أنثى ولم يتعرض المؤلف
لما يتعلق بالخنثى من الحدود والقصاص ولا لما يتعلق به من الايمان ولا لما يتعلق به من الدعوى والتهمة ولا لبيان الاختلاف فيما وقع
فيه ولا لبيان شهادته قال في الاصل ولو ان رجلا قذف الخنثى المشكل قبل البلوغ أو قذف الخنثى رجلا فلا حد على القاذف
أما اذا كان القاذف هو الخنثى فلأنه صبي أو صبية وأما اذا كان القاذف رجلا آخر فلأنه قذف غير محصن لأن البلوغ من أحد شرائط
الاحصان في القذف كالاسلام وان قذف الخنثى بعد بلوغه بالسن فان ظهرت له علامة يستدل بها على كونه ذكرا أو أنثى حد قاذف الرجال
أو النساء ولو قذف الخنثى رجلا بعد ظهور علامة الرجال أو بعده فهما سواء فيجب الحد وان لم تظهر له علامة فلا حد على
قاذفه وهذا لأن الخنثى ان صار محصنا بالبلوغ الا أنه لم تظهر عليه علامة الانوثة أو الذكورة فيجوز أن يكون هذا رجلا وان يكون
امرأة فان كان امرأة فهو بمنزلة الرتقاء لأنها لا تجامع كالرتقاء ومن قذف رجلا مجبوبا أو امرأة رتقاء لا حد عليه وان كان الخنثى
هو القاذف حد لأنه مجبوب بالغ أو رتقاء بالغة والمجبوب البالغ والرتقاء البالغة اذا قذف انسانا يجب عليه الحد وان سرق بعد
ما أدرك يجب عليه الحد ان سرق متاعا يساوي عشرة تقطع يد السارق رجلا أو امرأة ولو قطع يد هذا الخنثى قبل ان يبلغ أو يستبين
أمره فلا قصاص على قاطعه سواء كان القاطع رجلا أو امرأة وعلى هذا الخلاف اذا قتل الخنثى رجلا أو امرأة عمدا كان عليه
القصاص ان قطع هذا الخنثى يد رجل أو امرأة فعلى عاقلته أرش ذلك و بعد البلوغ اذا قطع يد انسان قبل ان يستبين أمره عمدا
فانه يجب عليه الأرش في ماله وان شهد القتال رضخ له ولا يسهم وان ارتد عن الاسلام قبل ان يدرك أو بعدما أدرك لا يقتل عندهم
جميعا أما قبل فلأنه صبي أو صبية وردة الصبي وان لم تصح عند أبي يوسف رحمه الله تعالى فعند أبي حنيفة ومحمد وان كان يصح ردة الصبي
العاقل والصبية العاقلة الا أنه لا يقتل على الردة عندهما و بعد البلوغ تصح ردته بالاجماع الا أنه لا يخلو اما أن يكون رجلا أو امرأة
فان كان رجلا يقتل فيه ولا يقتل ان كان امرأة فلا يقتل بالشك وان كان من أهل الذمة لا يوضع عليه خراج رأسه حتى يدرك
و يستبين أمره ولا يدخل في القسامة ولو كان الخنثى أبوه حيا فقال هو غلام ولا يعرف ذلك الا بقوله كان القول قوله وكذلك
لو قال هي جارية فالقول قوله اذا لم يكن مشكل الحال لأن الوصي قائم مقام الأب وان كان مشكل الحال لم يصدق وان قتل الخنثى
خطأ قبل ان يستبين أمره قال القول في ذلك قول القاتل انه ذكر أو أنثى ان كانت ديته تجب على القاتل ان لم يكن له عاقلة
وان كان له عاقلة فالقول قول العاقلة وان قالوا لا ندري فالقول قولهم ووجب عليهم ديته وان قالوا انه أنثى وورثة الخنثى ادعوا
انه ذكر فالقول قول العاقلة لأنهم ينكرون على العاقلة زيادة خمسة آلاف درهم والقاتل والعاقلة ينكرون ذلك فيقضى
عليهم بدية المرأة و يوقف الفضل الى ان يستبين أمره انه ذكر أو أنثى رجل مات وترك ذكرا خنثى وزوجة ثم مات الخنثى
بعد موت أبيه فادعت أم الخنثى انه ذكر وانه كان ورث من أبيه نصف المال بعد الثمن لأنه مات وترك ابنين وامرأة
ثم مات الخنثى فورثت بنت ذلك النصف لأن الخنثى مات وترك أما وأخا وارثة الأم ثلث ذلك النصف وقال ابن الميت وهو أخو الخنثى
لا بل كان الخنثى جارية و ورثت الثلث من الميت بعد الثمن ثم ماتت فورثتها ثلث ذلك فالقول قول أخي الخنثى الا ان الأخ
يستحلف على العلم بالله ما يعلم انه كان ذكرا واذا أقامت الأم البينة انه كان يبول من مبال الرجال ولا يبول من مبال النساء
وانه ورث من أبيه ميراث النصف بعد الثمن ثم ورثت الأم ثلث ذلك النصف من الخنثى وان أقام أخ الخنثى البينة انه يبول من مبال
النساء ولا يبول من مبال الرجال وانها ورثت الثلث من الأب بعد الثمن وأن أم الخنثى ورثت ذلك الثلث وان أقام رجل البينة ان هذا الخنثى
كان زوجها منه على ألف درهم وطلب ميراثها وصدقه الابن أو كذبه ولم تقم الأم البينة ان ابنها الخنثى على ما ادعت فانه يقبل قول

الزوج ويحمل عليه المهر ويرث من الخنثى ميراث الزوج ويرث ثم الخنثى وأخ الخنثى من الصداق الذي سمى على الزوج مما ترك
الخنثى وإن أقام الأخ بينة على ما ادعت أنه كان يبول من مبال الرجال ولا يبول من مبال النساء وأقام الزوج البينة أنها كانت
أنثى تبول من مبال النساء ولا تبول من مبال الرجال كانت بينة الأخ أولى بالرد ولو أن هذا الخنثى المشكل الذي مات صغيرا وترك
مالا فادعت امرأة بينة أن أباه زوجها إياه في حياته بمهر ألف درهم وأنه كان غلاما يبول من حيث يبول الغلام ولم يكن يبول من
حيث تبول النساء وكذبها الأخ ابن الميت قال أصدق المرأة وأجعله غلاما وأجعل صداقها في ميراثه من ميراث الغلام فإن أقام الأخ
ابن الميت البينة أنه كان جارية تبول من حيث تبول الجارية قال لا أقبل بينتهما على ذلك فأقضي ببينة المرأة وهذا إذا جاءا معا
فأما إذا أقام الزوج البينة أولا وقضى القاضي بذلك ثم أقامت المرأة البينة فإنه لا يقبل منها لترجيح الأول باتصال القضاء فإن وقت أحد من
البينتين وقتا قبل الأخرى فإنه يقضي بأسبقهما تاريخا وإن لم يوقتا ذكر أنهما يبطلان وهذا إذا كانت المرأة تدعي الصداق ومتى لم
تدع فإنهما تتهاتر البينتان وإن كان هذا الصبي حيا لم يمت والمسألة بحالها قال هذا كله باطل ولا أقضي بشيء منه بل أتوقف في ذلك حتى
يستبين حاله متى أدرك وليس حاله حياته عندي بمنزلة ما بعد الموت ولو أن هذا الخنثى حين مات بعد أبيه وهو مراهق أقام رجل البينة
أن أباه زوجها إياه على هذا الوجه بألف وأمره بدخوله بها وأنه كان يبول من حيث تبول النساء وكذبه أخوه وهذا على وجهين
إما إن جاءت البينتان معا وجاءت إحداهما قبل صاحبتها فإن جاءتا معا ولا يعلم أيهما أول لم يوقتا أو وقتا ووقتهما على السواء أو كان
وقت أحدهما أسبق فإن لم يوقتا أو وقتا ووقتهما على السواء تهاترت البينتان جميعا وهذا اختلاف ما لو لم يدع الزوج نصف المهر بالطلاق ؟
بالطلاق قبل الدخول وإنما ادعى النكاح على الخنثى لا غير وباقي المسألة بحالها ذكر أن البينة بينة المرأة أولى وإن وقتا
ووقت أحدهما أسبق فهذا أولى فإن جاءت إحداهما قبل الأخرى إن جاءت الأخرى قبل القضاء بالأولى فالجواب فيه كالجواب
فيما لو جاءتا معا فأما إذا قضى القاضي بالأولى ثم جاءت الأخرى لا تقبل الأخرى خلاف ما لو جاءتا معا ولم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على
السواء فإنه لا يقضي بواحدة منهما ولو أن هذا الخنثى المشكل مات قبل أن يظهر أمره فأقام رجل البينة أن أباه زوجها إياه بألف
درهم برضاها وأنها ولدت منه هذا الولد قبلت بينته وأجعلها امرأته وأجعل الولد ابنها وإن لم يقم هذا الرجل البينة أن أباه زوجها
إياه برضاه وأنه دخل بها وأنها ولدت منه هذا الولد فإنه يقضي بكون الخنثى رجلا وألزمه الولد فإن اجتمعت الدعوتان جميعا وجاءت
البينات معا ولم يوقتا أو وقتا على السواء فقد تهاترت البينات جميعا وجاءت البينات معا ؟ فإن قامت إحدى هاتين البينتين وقضى
القاضي بشهادتهما ثم جاءت البينة الأخرى بعد ذلك فلا أقبل البينة الثانية وإن كان هذا الخنثى المشكل من أهل الكتاب
فادعى رجل مسلم أن أباه زوجها إياه على مهر مسمى برضاها وأقام بينة من أهل الكتاب قال أقضي ببينة المسلم وأجعلها امرأته
وأثبت نسبه المرأة وكذلك لو كان الرجل من أهل الكتاب وبينته من أهل الإسلام فيقضي للرجل دون المرأة وهذا اختلاف ما لو وقع
الدعوى في المال فادعى المسلم مالا في يدي ذمي وأقام على ذلك شاهدين كتابيين فإنه يقضي بالمال بينهما ولا يرجح إحدى الشهادتين
بالإسلام ولو مات أبو الخنثى ثم مات هذا الخنثى فادعت أمه ميراث غلام وأقر الوصي بذلك وجحد بقية الورثة وقالوا هي جارية قال
إذا جاءت الدعوى في الأموال لم تصدق الأم على ما ادعت وإن كان هذا الخنثى حيا لم يمت فقال أنا غلام وطلب ميراث غلام من
أبيه وصدقه الوصي في ذلك وأنكر بقية الورثة ذلك وقالوا هي جارية قال لا أعطيه ميراث غلام ولا أصدقه على ذلك إلا ببينة وإن
كان وصيه أبوه زوجه امرأة ثم مات الخنثى وطلبت المرأة ميراثها وقال الوصي هو غلام وقد جاز النكاح وورثت المرأة منه وقال بقية
الورثة هي جارية فإنه لا يلزم الورثة الذين أنكروا ميراث الغلام في حقهم ويلزم الوصي المقر ميراث غلام في نصيبه وورثت المرأة من
الخنثى ميراث أنثى من المقر وإن كان له أخ لأبيه وأمه وقد زوجه جارية برضاها رجلا ثم مات الخنثى وقد راهق قبل أن يعلم أنها
امرأة وزوجها ؟ ثم مات الخنثى قبل أن يعرف حاله فإن النكاح جائز على الأخ الأول وهو الوصي ولا يجوز على من أنكر من بقية
الورثة والنكاح الثاني الذي أقر به الأخ الثاني الذي ليس بوصي باطل في حقه ولا يجوز في حق بقية الورثة قال وإن لم يعرف أي
النكاحين أول قال أبطل هذا كله ولا أورث شيئا منهما وإن عرف الذي أقر أنها امرأة وزوجها رجلا أنها أول فإني ألزمه ميراث
الأخ في نصيبه ولا ألزم غيره وأبطل النكاح خنثى مشكل مراهق وخنثى مثله مشكل زوج أحدهما صاحبه على أن أحدهما
رجل والآخر امرأة إذا ماتا وأقام كل واحد من ورثتهما أنه هو الزوج وأن الآخر هو الزوجة قال لا أقضي بشيء من ذلك وإن

ماتت احدى الشمعتين قبل الاخرى وقضى بها ثم ماتت الشمعة الباقية قبل انطفاء الاخرى وقضاء الاول ماض على حاله تشهادة
للخنثى حتى يدرك وبعدما أدرك اذا لم يتبين أمره توقف أمره في حق الشهادة حتى يتبين انه رجل أو امرأة أو أوصى لهذا
الخنثى المشكل يعطى له خمسمائة درهم ويوقف الخمسمائة الاخرى الى أن يتبين حاله أو يموت قبل التبين فإن تبين أنه ذكر دفع
الزيادة اليه وان تبين انه جارية دفعت الى ورثة الموصي وهذا قول علمائنا قال الشيخ رحمه الله يعطى له نصف وصية الغلام
خمسمائة ونصف وصية الجارية مائتان وخمسون فيعطى له سبعمائة وخمسون ويوقف مائتان وخمسون الى أن يتبين حاله فإن تبين
انه ذكر يعطى مائتين وخمسين وان تبين انه أنثى تؤخذ منه مائتان وخمسون قال رحمه الله ﴿وله أقل النصيبين﴾ يعني لو مات
أبوه كان له الاقل من نصف الذكر ومن نصف الانثى فينظر نصيبه على انه ذكر وعلى انه انثى فيعطى الاقل منهما وان كان
محروما على احد التقديرين فلا شيء له مثاله اخوان لاب وأم أحدهما خنثى مشكل كان المال بينهما أثلاثا للاخ اثنان وللخنثى
الثلث فقدرناه أنثى لانه أقل ولو قدر ذكرا كان له النصف ولو تركت امرأة زوجا وأما وأختا لاب وأم هي خنثى كان للزوج النصف
وللام الثلث من النصف الذي بقي وللخنثى ما بقي وهو السدس على انه عصبة ولو قدر أنثى كان له النصف وكانت المسئلة تعول الى
ثمانية ولو تركت زوجا وأما وأخوين من ام وأخا لاب وأم هو خنثى كان للزوج النصف وللام السدس وللاخوين لام الثلث ولا شيء
للخنثى لانه عصبة ولم يفضل له شيء ولو قدر أنثى كان له النصف فعالت المسئلة الى تسعة ولو ترك الرجل ولد أخ هو الخنثى وعما لاب
وأم ولاب كان المال للعم ويقدر الخنثى أنثى لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ مقدم على
العم وقال الشعبي للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وعن ابن عباس مثله لانه مجهول والتوزيع على أحوال عند
الجهل طريق معهودة في الشرع كما في العتق المبهم والطلاق المبهم اذا تعذر البيان فيه بموت المولى قبل البيان ولنا أن الحاجة الى
اثبات الملك ابتداء فلا يثبت مع الشك فصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر غير الميراث بخلاف المستشهد به
لان سبب الاستحقاق متيقن به وهو الانشاء السابق ومحله كل واحد من العبدين والمعينين بحكم ذلك السبب ثابت لكل واحد
منهما على السواء من غير ترجيح أحدهما على الآخر بالشك قال رحمه الله ﴿ولو مات أبوه وترك ابنا فله سهمان وللخنثى سهم﴾
لانه الاقل وهو متيقن فيستحقه وعلى قول الشعبي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى واختلف أبو يوسف ومحمد في تخريج
قول الشعبي فقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة أسهم أربعة للابن وثلاثة للخنثى اعتبر نصف كل واحد منهما حالة انفراده
فان الابن لو كان وحده كان كل المال له والخنثى ان كان ذكرا كان له كل المال واذا كان أنثى كان له نصف المال فأخذ
نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة أرباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فبلغ سبعة أسهم
للابن أربعة وللخنثى ثلاثة أرباع وليس للمال ثلاثة أرباع وأربعة أرباع فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه اعتبارا بطريق
العول والمضاربة وقال محمد رحمه الله المال بينهما على اثني عشر سهما سبعة للابن أيضا وخمسة للخنثى وتفسيره يعتبر كل واحد
منهما في حالة الاجتماع فيقول لو كان الخنثى ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان أنثى كان أثلاثا فالقسمة على تقدير ذكورته
من اثنين وعلى تقدير أنوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فيضرب احداهما في الاخرى يبلغ ستة للخنثى على تقدير انه أنثى
سهمان وعلى تقدير انه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فيضرب الستة في اثنين يبلغ اثني عشر فيكون
للخنثى ستة على تقدير انه ذكر وله أربعة على تقدير انه أنثى فأخذ نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف
الاربعة اثنان ألا ترى ان الابن يأخذ في هذه المسئلة سبعة لان نصيب الابن على تقدير أن الخنثى ذكر ستة وعلى تقدير انه
أنثى ثمانية فنصف النصيبين سبعة ولو كان معهما بنت فعند أبي يوسف تكون المسئلة من تسعة لان نصيب البنت النصف
حالة انفرادها وللابن الكل وللخنثى ثلاثة أرباع حال انفراد كل منهما فيجعل كل ربع سهما فبلغ تسعة وعند محمد له خمس وثمن
لان على تقدير انه ذكر كان له خمسان فله نصفه وهو الخمس وعلى تقدير انه أنثى كان له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج الخمس
من خمسة ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فيضرب احداهما في الاخرى يبلغ أربعين ومنها تصح المسئلة للخنثى
خمسها ثمانية وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهما والبنت على تقدير انه ذكر خمسان وهو ستة عشر وعلى تقدير انه أنثى ربع
وهو عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر والابن خمسان على تقدير ذكورته ونصف على تقدير أنوثته فله نصف النصيبين

ثمانية عشر وعلى هذا تخرج المسائل ولو كانوا أكثر من ذلك على المذهب والله أعلم

﴿مسائل شتى﴾ وقد كانت عادة المصنفين أنهم يذكرون آخر الكتاب ما لم يذكر في الأبواب السابقة من المسائل استدراكا للفائت ويترجمون لتلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل منثورة ففعل المصنف هنا أيضا كذلك جريا على عادتهم وفي بعض النسخ مسائل شتى أي متفرقة وهو جمع شتيت وهو المتفرق فإن قلت جاء في القوم شتى يكون نصبا على الحال أي متفرقين قال رحمه الله ﴿إيماء الأخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود﴾ وقال الشافعي لا فرق بين معتقل اللسان والأخرس ولنا أن الإشارة إنما تقوم مقام العبارة إذا صارت معهودة وذلك في الأخرس دون معتقل اللسان حتى لو امتد ذلك وصارت إشارته معهودة صار بمنزلة الأخرس وقدر مدة الامتداد في المحيط بشهر وفي جامع الفصولين بستة أشهر وقدر التمرتاشي الامتداد بسنة وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبي حنيفة فقال إذا دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة ويجوز الإشهاد عليه لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس قال وعليه الفتوى وأطلق في الأخرس فشمل الأصلي والعارض والمراد الأصلي أما الوصية لأن التقصير جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت بخلاف الأخرس لأنه لا تفريط من جهته ولأن العارض على شرف الزوال دون الأصلي فلا يقاس أحدهما على الآخر وإذا كان إيماء الأخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان تلزمه الأحكام بالإشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتقه وبيعه وشراؤه إلى غير ذلك من الأحكام لأن الإشارة تكون بيانا من القادر على النطق فالعاجز أولى ولأنه صلى الله عليه وسلم بين الشهر بالإشارة حيث قال الشهر هكذا وأشار بأصابعه قالوا والكتاب ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا أقول فيه شيء وهو أن هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر بل يدل على خلافه فإن كتابة الأخرس حجة فيما سوى الحدود وليس بحجة في الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود إذ لا فرق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على كونها حجة في الحدود أيضا إذا كانت مستبينة مرسومة وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا فإنه إذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر أيضا لم يكن حجة ضرورة فينبغي أن يكون حجة في الحدود أيضا كما كان النطق حجة فيها فليتأمل في الخلاص والدليل على أن الدلالة كالبيان هو أنه صلى الله عليه وسلم بلغ الرسالة بالكتاب كالخطاب فإذا كان حجة في حق القادر ففي حق الأخرس أولى لأن عجزه ظاهر والزم عادة لأن الغائب يقدر على الحضور بل يقدر ظاهرا والأخرس لا يقدر على نطق والظاهر بقاؤه على الدوام ثم الكتاب على ثلاثة مراتب مستبين ومرسوم وهو أن يكون معنونا أي مصدرا بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان بن فلان على ما جرت به العادة في تسيير الكتب فيكون هذا كالنطق فيلزم حجة ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار أو على الكاغد لا على وجه الرسم فإن هذا يكون لغوا لأنه لا عرف في إظهار الأمر بهذا الطريق فلا يكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه كالنية والإشهاد عليه والإملاء على الغير حتى يكتبه لأن الكتابة قد تكون تجربة وقد تكون للتحقيق وبهذه الإشارة تتبين الجهة وقيل الإملاء من غير إشهاد لا يكون حجة والأول أظهر وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شيء من الأحكام وإن نوى وقول المؤلف وقود علل في الهداية بأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة أقول فيه بحث أما الأول فلأن ما ذكره من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيها في عدة مواضع منها كتاب الكفالة فإنه قال فيه ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة لأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فإنه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لأن شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ثم قال في باب الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة حيث قال فيه وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لأنها تندرئ بالشبهات وكذا في كتاب الدعوى ومنها كتاب الجنايات فإنه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلا مؤثرا في سقوط القصاص وفرع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحدة منها كما لا يخفى

على الناطق تمام ذلك الكتاب وأما ثانيا فلأن قيد الخالصة في قوله أما الحدود الخالصة لله تعالى يشعر بأن ثمة زواجر مشتركة فإن حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد متقدم كما صرحوا به على أنه زاجر لا يثبت بالشبهة ولا تكون إشارة الأخرس حجة فيه أيضا كما صرحوا به لأنه لا يثبت بالشبهة فيما مر آنفا فلا يتم التفريق بالنظر إليه وقول المؤلف الإشارة والكتابة كالبيان دلت هذه المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادرا على الكتابة لأنه جمع بينهما فقال أشار وكتب قال صاحب العناية ولنا في دعوى الجمع بينهما نظر لأنه قال في الجامع الصغير وإذا كان الأخرس يكتب أو يومئ وكلمة أو لأحد الشيئين لا للجمع على أنه قال في الأصل وإن كان الأخرس لا يكتب وكانت له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز ويعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لأنه بين حكم إشارة الأخرس بشرط أن لا يكتب فافهم إلى هنا قال رحمه الله ﴿ولا في حد﴾ يعني إشارته لا تكون كالبيان في الحدود لأنها تندرئ بالشبهات لكونها حق الله تعالى ولا حاجة إلى إثباتها وإنه لو كان مصدقا للقاذف إن قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد وإن كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح والحد لا يجب إلا بالقذف بصريح الزنا وفي القصاص اشترط طلبه لأنه حق العبد وهذا لأن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أن الشهود لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر هو بالوطء الحرام لا يجب عليه الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب عليه القصاص وإن لم يقر بالعمد وهذا لأن القصاص فيه معنى المعاوضة لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود الخالصة حق الله تعالى جعلت زاجرة ليس فيها معنى البدلية أصلا فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب في الأخرس كذلك فيكون في الغائب والأخرس روايتان ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لأن الغائب يمكنه الوصول في الجملة فيعتبر بالنطق ولا كذلك الأخرس لعدم وجود النطق في حقه للآفة التي به فدلت المسئلة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادرا على الكتابة بخلاف ما ذكر بعض أصحابنا من أن الإشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة قالوا لأن الإشارة حجة ضرورية ولا ضرر مع القدرة على الكتابة قلنا كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة لأن قصد البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لأن الأصل في البيان هو الكلام لأنه وضع له والإشارة أقرب إليه لأن العلم الحاصل بها حاصل عما هو متصل بالمتكلم وهو إشارته بيده أو رأسه فصارت أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا ولا يقدم على الآخر بل يخير ولهذا ذكره بكلمة أو التي للتخيير وقالوا فيمن صمت يوما أو يومين الحكم كالمعتقل اللسان قال رحمه الله ﴿غنم مذبوحة وميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى وأكل وإلا لا﴾ وقال الشافعي لا يجوز الأكل في حالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر وهذا لأن القليل منه لا يمكن التحرز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة في البدن أو الثوب بخلاف ما إذا كانت الميتة أكثر أو استويا لأنه لا ضرورة إليه فيمكن الاحتراز فلا تؤكل قال في العناية أخذا من النهاية طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فإن المسافر إذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز هناك التحري فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي المذكية والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر على الصلاة بخلاف ما نحن فيه من الغنم وبه يبدأ أن الرجل إذا لم يكن معه إلا ثوب نجس فإن كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالإجماع فلما جازت صلاته وهو نجس بيقين فلأن يجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى اهـ أقول الجواب عندي والسؤال فيهما نظر أما الأول فلأن تجويز التحري فيما إذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين إنما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شرح الجامع الصغير وصرح به صاحب الهداية بقوله وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار وأما في حالة الضرورة فيباح له التناول في جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المسئلتين رأسا لظهور اختلاف حكم الحالين الاختيار والاضطرار قطعا وأما الثاني فلأن ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لأن جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة إذ ذاك إذ هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لأنه مضطر إلى الصلاة

فيها كون ما علق فيه من العمل بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما حققناه من أن يثبت حكم كون الثياب أخف من حكم غيرها فطلق القاضي يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تلك المسئلتين قال رحمه الله ﴿لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر يابس فظهر رطوبته على الثوب ولكن لا يسيل اذا عصر لا يتنجس﴾ وذكر المرغيناني أنه ان كان اليابس هو الطاهر يتنجس لأنه يأخذ قليلا من النجس الرطب وان كان اليابس هو النجس والطاهر هو الرطب لا يتنجس لأن اليابس هو النجس يأخذ من الطاهر ولا يأخذ الرطب من اليابس شيئا ويحمل على أن مراده فيما اذا كان الرطب ينفصل منه شيء وفي لفظه اشارة اليه حيث نص على أخذ البلة وعلى هذا اذا نشر الثوب المبلول على محل نجس هو يابس لا يتنجس الثوب لما ذكرنا من المعنى وقال قاضيخان في فتاواه اذا نام الرجل على فراش فأصابه مني ويبس وعرق الرجل وابتل الفراش من عرقه ان لم يظهر أثر البلل في بدنه لا يتنجس بدنه وان كان العرق كثيرا حتى ابتل الفراش ثم أصاب تلك الفراش جسده فظهر أثره في جسده يتنجس بدنه وكذا الرجل اذا غسل رجله ومشى على أرض نجسة بغير مكعب فابتل الارض من بلل رجله واسود وجه الارض لكن لم يظهر أثر تلك الارض في رجله وصلى جازت صلاته وان كان بلل الماء في الرجل كثيرا حتى ابتل وجه الارض وصار طينا ثم أصاب الطين رجله لا تجوز صلاته ولو مشى على أرض نجسة رطبة ورجله يابسة تنجس قال رحمه الله ﴿رأس شاة متلطخ بدم أحرق وزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة جاز والحرق كالغسل﴾ لأن النار تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شيء أو تحيله فيصير الدم رمادا فيطهر بالاستحالة ولهذا لو احترقت العذرة وصارت رمادا طهرت بالاستحالة كالخمر اذا تخللت وكالخنزير اذا وقع في المملحة وصار ملحا وعلى هذا قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز وكذلك آلة الخباز تطهر بالنار قال رحمه الله ﴿سلطان جعل الخراج لرب الارض جاز وان جعل العشر لا﴾ وهذا عند أبي يوسف وقال أبو حنيفة ومحمد لا يجوز فيهما لأنهما في جماعة المسلمين ولأبي يوسف أن صاحب الخراج له حق في الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلا يجوز تركه عليه وعلى قول أبي يوسف الفتوى قال رحمه الله ﴿ولو دفع الاراضي المملوكة الى قوم ليعطوا الخراج جاز﴾ معناه ان أصحاب الاراضي اذا عجزوا عن زراعة الارض وأداء الخراج دفع الامام الاراضي الى غيرهم بالاجرة أي يؤاجر الاراضي للقادرين على الزراعة ويأخذ الخراج من أجرتها فان فضل شيء من أجرتها يدفع الى أربابها وهم الملاك لأنه لا وجه لازالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا فان لم يجد من يستأجرها باعها الامام ممن يقدر على الزراعة لأنه اذا لم يبعها يفوت حق المقاتلة في الخراج أصلا ولو باع يفوت حق المالك في العين والفوات الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له أن يملكها غيرهم بغير عوض واذا باعها يأخذ الخراج الماضي من الثمن اذا كان عليهم خراج ويرد الفضل الى أصحابها ثم قيل هذا قول أبي يوسف ومحمد لأن عندهما القاضي يملك بيع مال المديون بالدين والنفقة وعند أبي حنيفة لا يملك ذلك ولا يبيعها لكن يأمر صاحبها ليبيعها وقيل هذا قول الكل والفرق لأبي حنيفة بين هذا وبين غيره من الديون أن في هذا ضررا خاصا ونفعا عاما والنفع العام مقدم على الضرر الخاص ولأن الخراج متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون له في التجارة ودين الميت في التركة فان القاضي يملك البيع فيهما لتعلق الحق بالرقبة فكذا هذا وذكر في النوادر عن أبي حنيفة أن أهل الخراج اذا هربوا ان شاء الامام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين وان شاء دفع الى قوم وأطعمهم على شيء اذ كان ما يأخذه للمسلمين لأن فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على أربابها فاذا عمرها من بيت المال يكون قدر ما ينفق في عمارتها قرضا لأن الامام مأمور بتهيئة بيت المال وتنميته وتهيئته قال رحمه الله ﴿ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة صح وان لم ينو أول صلاة عليه أو آخر صلاة عليه﴾ معناه لو كان عليه قضاء صوم يوم أو أكثر من رمضان واحد فقضاه ونوى عنه ولم يعين أنه عن يوم كذا جاز وكذا لو صام ونوى عن يومين أو أكثر جاز عن يوم واحد ولو نوى عن رمضانين أيضا يجوز وكذا قضاء الصلاة يجوز وان لم يعين الصلاة ويومها ولم ينو أول صلاة عليه وهذا قول بعض المشايخ والاصح أنه يجوز في رمضان واحد ولا يجوز في رمضانين ما لم يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذا على ما بينا وكذا في قضاء الصلاة لا يجوز ما لم يعين الصلاة ويومها بأن عين ظهر يوم كذا مثلا ولو نوى أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه جاز لأن الصلاة عليه تعينت بتعيينه وكذا الوقت يتعين بكونه أولا وآخرا فان نوى أول صلاة عليه وصلى فما يليه يصير أولا أيضا فيدخل في نيته أول ظهر عليه ثانيا وكذلك ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الآخر وهذا

خاص من لم يعرف الاوقات التي فاتته أو اشتبهت عليه أو أراد التسهيل على نفسه والاصل فيه ان الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد أداءه حتى تبرأ ذمته منه لان فرضا من الفروض لا يتأدى بنية فرض آخر فكذا هذا ووجب التعيين والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة ولهذا يكون التعيين في الجنس الواحد لغوا لعدم الفائدة والتعريف اذا لم يصادف محله يكون لغوا ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهر ين من يومين والعصرين من يومين لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس وهو الدلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر لقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم كذا حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر أو كان عليه قضاء صوم يومين أو أكثر فصام ناويا عن قضاء يومين أو أكثر جاز بخلاف ما اذا نوى عن رمضانين أو عن رمضان آخر حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب وصار كما اذا نوى ظهرين أو ظهرا عن عصر أو نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس وعلى هذا أداء الكفارة لا يحتاج الى التعيين في جنس واحد ولو عين لغا وفي الاجناس لا بد منه وقد ذكرناه مفصلا في كفارة الظهار وذكر في المحيط في كتاب الكفارات نية التعيين في الصلاة لم تشترط باعتبار ان الواجب مختلف متعدد بل باعتبار ان مراعاة الترتيب واجب عليه ولا يمكنه مراعاة الترتيب الا بنية التعيين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت تكفيه نية الظهر لا غير وهذا مشكل وما ذكره أصحابنا مثل قاضيخان وغيره خلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى ولان الامر كما كان قاله لجوازه مع وجود الترتيب أيضا لامكان صرفه الى الاول اذ لا يجب التعيين عنده ولا يفيد قال رحمه الله ﴿ولو ابتلع ريق غيره كفر لو صديقه والالا﴾ أي لو ابتلع الصائم ريق غيره فان كان ريق صديقه تجب عليه الكفارة وان لم يكن صديقه يجب عليه القضاء دون الكفارة لان الريق تعافه النفس وتستقذره اذا كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه النفس وان كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز ونحو ذلك مما تشتهيه الانفس قال رحمه الله ﴿وقتل بعض الحاج عذر في ترك الحج﴾ لان أمن الطريق شرط الوجوب أو شرط للاداء على ما يأتي في المناسك ولا يحصل ذلك مع قتل بعض الحاج في الطريق للحج فكان معذورا في ترك الحج لا يأثم بذلك وقد ذكرناها مستوفاة في المناسك وذكرنا الخلاف فلا نعيدها ولك ان تقول القول المختار فيما اذا كان بينك وبين مكة بحر ان كان الغالب فيه السلامة يجب الحج والا لا فينبغي أن تعرف هنا ويقال ان كان الغالب في الطريق الأمن يجب والالا قال رحمه الله ﴿تو زن من شدى﴾ يعني أنت صرت زوجة لي ﴿فقالت المرأة شدم﴾ يعني صرت ﴿لم ينعقد﴾ النكاح لان هذا لا يدل على الايجاب والقبول فقوله تو بضم التاء المثناة فوق وسكون الواو ومعناه أنت وقوله زن بفتح الزاي المعجمة والنون هو اسم للمرأة وقوله من بفتح الميم والنون ومعناه انا وقوله شدم بضم الشين المعجمة وفتح الدال المهملة في آخره ميم آخر الحروف ساكنة معناه صرت وهذه اللفظة تتصرف كاللفظ العربي فمصدره شدن والماضي شد والمضارع شود واذا أريد الاخبار عن الجمع يقال شديم بكسر الدال وزيادة الياء آخر الحروف بعد الدال قبل ميم المتكلم قال رحمه الله (ولو قال رجل لامرأة خويشتن رازن من كردانيدى) معناه هل جعلت نفسك لي زوجة (فقالت) المرأة في جوابه (كردانيدم) يعني جعلت (وقال) الرجل (پذيرفتم) يعني قبلت (ينعقد) النكاح لاشتماله على الايجاب والقبول قوله خويشتن يؤدي معنى نفسك وهو بكسر الخاء المعجمة يكتب الواو بعدها من غير أن يتلفظ بها وكذلك الياء بعد الواو وشين معجمة ساكنة بعدها تاء مثناة من فوق مفتوحة وفي آخره نون وقوله را بفتح الراء بعدها ألف ساكنة تؤدي معنى التخصيص للاشارة بها وهي مفعول وقوله من يعني أنا وقوله كردانيدى بالكاف الصماء المفتوحة والراء الساكنة والدال المفتوحة والنون المكسورة بعدها ألف وبعدها ياء ساكنة ودال مهملة مكسورة وفي آخره ياء أخرى ساكنة وهذه للخطاب تؤدي معنى الجعل والتصيير وقوله كردانيدم كذلك الا انه للمتكلم وحده وكذلك للمخاطبة اذا زيد ياء بعد الدال مثل كردانيدى واذا أريد جمع المخاطب زاد بعد الدال ياء المخاطب مثل كردانيديد واذا أريد المتكلم مع الغير زاد فيه ياء بعد الدال وقبل الميم ويقال كردانيديم وقوله پذيرفتم بفتح الباء الصماء يكون مخرجه قريبا من مخرج الفاء وكسر الزاي المعجمة بعدها ياء ساكنة وبعدها راء مفتوحة وبعدها فاء ساكنة وبعدها تاء مثناة من فوق مفتوحة وفي آخره ميم ساكنة قال رحمه الله ﴿ولو قال رجل لآخر دختر خويشتن را بپسر من ارزاني داشتي﴾ معناه هل جعلت ابنتك لائقة لابني

فقال أبو البنت في جوابه داشتم يعني جعلت لابنه عقد النكاح لانه ليس بمشتمل على الايجاب والقبول ولا يلزم من جعل ابنته لابنه لابنه حصول العقد بينهما قوله دختر بضم الدال المهملة وسكون الخاء المعجمة وفتح التاء المثناة فوق وفي آخره راء معناه البنت وقوله بپسر لفظان مركبان الاول لفظ باء الموحدة تؤدي معنى لام الاختصاص والثاني لفظ پسر بضم الباء الفارسية وفتح السين المهملة وفي آخره راء معناه الابن قوله أرزاني بفتح الهمزة وسكون الراء وفتح الزاي وكسر النون بعد الالف الساكنة وفي آخره ياء آخر الحروف ساكنة ومعناه هبة ما معنى اللائق وقوله داشتي بفتح الدال المهملة وسكون الالف وسكون الشين المعجمة والتقاء الساكنين في لغتهم شائع وكسر التاء المثناة من فوق وفي آخره ياء آخر الحروف ساكنة وقوله داشتم بزيادة التاء آخر الحروف قبل الميم وهذه قاعدة مطردة عندهم قال رحمه الله ﴿معها﴾ كلام اضافي مبتدأ أي مع المرأة زوجها ﴿عن الدخول عليها و﴾ الحال انه ﴿هو﴾ أي الزوج ﴿يسكن معها في بيتها نشوز﴾ لانها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كخروجها نفسها في منزل غيرها عند الدافعة ومرادها السكنى في منزلها وان كان المنع ليتقاها الى منزله لا يكون ناشزة لان السكنى واجبة لها عليه فكان حبسها نفسها بحق ولا يسقط نفقتها لان التقصير جاء من جهته فصار كما اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها بخلاف ما اذا حبست بسبب دين عليها أو غصبها غاصب وذهب بها لان الفوات ليس من قبله بخلاف ما اذا كانت ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطء لانه يمكنه الوطء كرها غالبا فلا يعد منعا قال رحمه الله ﴿ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت لا تكون ناشزة﴾ لانها محقة لان السكنى فيه حرام قال رحمه الله ﴿قالت لا أسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة ليس لها ذلك﴾ لانه لا بد لها من خدمة ولا يمكن منعه من ذلك قال رحمه الله ﴿قالت لزوجها مرا طلاق ده﴾ يعني اعطني طلاقا ﴿فقال الزوج داده كير وكرده كير اوداده باد وكرده باد نوى يقع﴾ معناه الاعتبار للنية وعدمها فان نوى بهذه الالفاظ الطلاق وقع فان لم ينو لا يقع لانه من الكنايات عندهم ولا بد من النية قوله داده بفتح الدال بعدها ألف ساكنة ومعناه الاعطاء وقوله كير بكسر الكاف الصماء وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره راء معناه الاصل امسك ولكن معناه هنا افرض وقدر يعني قدر الطلاق قد أعطى قوله كرده بفتح الكاف وسكون الراء وفتح الدال وسكون الهاء وهو اسم مفعول من كردن الذي هو المصدر ومعناه الفعل والعمل قوله باد بفتح الباء وسكون الالف والزاي المعجمة معناه وليكن قال رحمه الله ﴿ولو قال الزوج داده است وكرده است يقع﴾ الطلاق ﴿نوى﴾ الوقوع ﴿أولا﴾ أي وان لم ينو قال رحمه الله ﴿ولو قال الزوج داده انكار وكرده انكار لا يقع﴾ الطلاق ﴿وان نوى الوقوع﴾ والفرق بينهما ان في الاولى اخبارا عن وقوع فيقع الطلاق وفي الثاني ليس باخبار لان معنى قوله داده انكار افرض انه وقع أو احسب فلا يقع به شيء وانكار بفتح الهمزة وسكون النون وفتح الكاف الصماء وفي آخره راء مهملة ومعناه افرض وقدر قوله ﴿وي مرا نشايد تا بايدت أو همه عمر لا يقع﴾ طلاق ﴿الا بنية﴾ لانه من الكنايات قوله وي بفتح الواو وسكون الياء آخر الحروف يعني هي التي هو ضمير الغائب وقوله مرا بفتح الميم والراء مقصورة ومعناه لاجلي وقوله نشايد بفتح النون والشين المعجمة وياء ساكنة بعدها ياء مفتوحة آخر الحروف ودال مهملة ومعناه لا يليق قوله أو همه بفتح الهاء والميم وسكون الهاء ومعناه الجميع والمعنى يعني لا يليق في جميع عمري أو مدة عمري أو الى يوم القيامة قوله تا بفتح التاء المثناة من فوق مقصورة ومعناه الى يوم القيامة والحاصل في معنى هذا التركيب لا يليق بي الى يوم القيامة قال رحمه الله ﴿ولو قال الزوج حيلة زنان كن اقرار بالثلاث﴾ أي لوقوع الطلاق الثلاث لان معنى كلامه افعلي حيلة النساء مقصوده بهذا احفظي عدتك أو عدي أيام عدتك فان هذا عندهم كناية عن وقوع الطلاق الثلاث لان المرأة لا تشتغل بامور العدة الا بعد وقوع الثلاث قال رحمه الله ﴿ولو قال حيله خويش كن لا﴾ يعني ليس باقرار بالثلاث لان هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم بخلاف الصورة الاولى قوله خويش بكسر الخاء المعجمة والواو لا يتلفظ بها عندهم وبعدها ياء آخر الحروف ساكنة وشين معجمة ومعناه أنت لانه يجيء بمعنى آخر في غير هذا الموضع قال رحمه الله ﴿ولو قالت المرأة كابين من ترا بخشيدم﴾ معناه وهبت لك المهر ﴿مرا از جنگ بازدار﴾ معناه خلصني من نزاعك فاحكم على بالمهر ﴿ان طلقها سقط المهر والا لا﴾ أي وان لم يطلقها لا يسقط لانه أحالها الى سؤالها بالطلاق حتى يسقط المهر وقوله ترا بضم التاء المثناة من فوق وبالراء المقصورة معناه لك وقوله بخشيدم بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وكسر الشين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الدال

المهملة وفي آخره ميم ساكنة ومعناه وهبت ومصدره وهبت بخشيدن قال رحمه الله ﴿ولو قال المولى لعبده يامالكي أو قال لأمته أنا عبدك لا يعتق﴾ لانه ليس بصريح للعتق ولا كناية له بخلاف قوله يامولاي لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق ﴿ولو قال شخص بزمن سوكند است كه﴾ يعني على اليمين قال رحمه الله ﴿ولو قال اين كار﴾ يعني هذا الفعل ﴿نكنم﴾ يعني لا أفعل ﴿فهذا اقرار باليمين بالله تعالى﴾ لانه أخبر عن يمينه على ترك هذا الفعل فيكون اقرارا باليمين فتى فعل حنث في يمينه ولزمه الكفارة قوله بر بفتح الباء الموحدة وسكون الراء تؤدي معناه على وقوله من بفتح الميم وسكون النون ومعناه أنا وقوله سوكند بفتح السين المهملة وسكون الواو وفتح الكاف الصماء وسكون النون وآخره دال ساكنة معناه اليمين وقوله اين بكسر الهمزة وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره نون ساكنة أيضا تؤدي معنى هذا وقوله كار بفتح الكاف وسكون الالف والراء وهو الفعل وقوله نكنم مضارع منفي لان النون المفتوحة في الاول هي حرف النفي وكنم معناه افعل للمتكلم وحده واشتقاقه من كردن الذي هو المصدر فالماضي كرد والمتكلم وحده كنم ومع الغير كنيم بزيادة الياء قبل الميم قال رحمه الله ﴿وان قال شخص بزمن سوكند است بطلاق لزمه ذلك فان قال قلت ذلك﴾ أي هذا القول ﴿كذبا لا يصدق﴾ لانه أخبر عن يمين منعقدة وقوله بعد ذلك قلت ذلك كذبا رجوع منه فلا يصدق ولو قال ﴿مرا سوكند خانه است كه اين كار نكنم﴾ معناه أنا حالف يمين البيت ان لا أفعل هذا الفعل ﴿فهو اقرار باليمين بالطلاق﴾ لان اليمين مساه على العرف وفي العرف يكون عن المرأة يقال بيتي قال كذا يكون به المرأة فقوله خانه يقال للبيت وكنى به عن امرأته وبقية ألفاظه فسرناها ﴿قال المشتري للبائع بها بارده﴾ معناه رد الثمن ﴿فقال البائع بدهم﴾ يعني أرد ﴿يكون فسخا للبيع الذي كان بينهما﴾ لان استرداده الثمن رد وفسخ للعقد قوله بها بفتح الباء الموحدة والهاء المقصورة معناه الثمن وقوله ب بفتح الباء تؤدي معنى تخصيص الاشارة كما ذكرنا قوله بارده بفتح الباء الموحدة وسكون الالف وسكون الراء وكسر الدال المهملة وسكون الهاء معناه اعط قال رحمه الله ﴿العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي﴾ أي اذا ادعى عقارا لا يكتفى بذكر المدعي انه في يد المدعى عليه حتى تصح دعواه بل لا بد أن يبرهن أنه في يده أو يعلم القاضي بذلك في الصحيح لان يد المدعى عليه لا بد منه لتصح الدعوى عليه وهو شرط فيها ويحتمل ان يكون في يد غيره فاقامة البينة تنفي تهمة المواضعة فيقضي القاضي عليه باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة ولا يحتاج الى اثباتها بالبينة فان قيل هذه مكررة مع قوله في كتاب الدعوى ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما بل ببينة أو علم قاض بخلاف المنقول قلنا لا تكرار لان ذاك بالنظر الى ثبوت اليد وهذه بالنظر الى أن القاضي هل يملك اخراجها من ذي اليد قال رحمه الله ﴿عقار لا في ولاية القاضي لا يصح قضاؤه فيه﴾ لانه لا ولاية له في ذلك المكان وقد اختلف المشايخ هل يعتبر المكان أو لا فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لا ينفذ قضاؤه في غير ذلك على قول من اعتبر المكان ولا في غير ذلك الاهل على قول من اعتبر الاهل وان خرج القاضي مع الخليفة من المصر قضى وان خرج وحده لم يجز قضاؤه وهذا ينبغي أن يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من اعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن أبي يوسف أن المصر ليس بشرط فيه واليه أشار محمد في كتاب أدب القاضي فقال ان المصر ليس بشرط لنفوذ القضاء وفي الخلاصة والصحيح أن المعتبر الاهل لا المكان حتى لو قضى على الاهل والعقار في غير ولايته ينفذ وعليه عمل القضاة الآن قال رحمه الله ﴿اذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي أو بدا لي غير ذلك أو وقعت في تلبيس الشهود أو أبطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة﴾ لان رواية الاول قد ترجح بالقضاء ولا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعي ألا ترى أن الشهادة لما اتصلت بالقضاء لا يصح رجوعه ولا يملك ابطالها لما ذكرنا فكذا القضاء وقال الشعبي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء ثم ينزل القرآن بعد ذلك بخلافه ولا يرد قضاءه وقال صاحب المحيط وهذا يدل على أن القاضي اذا قضى باجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم تحول عن رأيه فانه يقضي في المستقبل بما هو أحسن عنده ولا ينقض القضاء الذي قضاه بالرأي لانه لم ينقض بالقرآن بعده فهذا أولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء والفرق أن القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا الا انه خفي عليه وكان الاجتهاد في محل النص ولا يصح والنبي حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص فيه فصح وصار ذلك شرعا له فاذا

رجل القرآن بحاله فصار باستحلال السر ... قال رحمه الله ﴿حتى لو تم سأل رجل عن شيء فأقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه
وهو لا يراهم جازت شهادتهم عليه بذلك الإقرار﴾ لأن الإقرار موجب بنفسه وقد علموه وهو الركن في أداء الشهادة قال الله تعالى
﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ وقال عليه الصلاة والسلام إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع قال رحمه الله ﴿وإن سمعوا كلامه
ولم يروه لا﴾ أي لا تجوز شهادتهم لأن النغمة تشبه النغمة فيحتمل أن يكون المقر غيره فلا يجوز لهم أن يشهدوا عليه مع الاحتمال
إلا إذا كانوا دخلوا البيت وعلموا أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا
إقرار الداخل ولم يروه وقت الإقرار لأن العلم حصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم أن يشهدوا عليه قال رحمه الله ﴿باع عقارا وبعض
أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا تسمع دعواه﴾ أطلق القريب فصار في الفتاوى لأبي الليث عنه وقال لو باع عقارا وابنه أو امرأته به
حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا ثم ادعى الابن أنه ملكه ولم يكن ملك أبيه وقت البيع اتفق مشايخنا على أنه لا تسمع مثل هذه
الدعوى لأن حضوره عند البيع وتركه فيما صنع إقرار منه بأنه ملك البائع وأنه لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالإفصاح
بالإقرار قطعا للأطماع الفاسدة لأهل العصر في الإضرار بالناس وتقييد القريب ... بعض ... جواز ذلك مع الغريب وقال في الخلاصة
والأصح أنه تسمع من القريب وغيره ... ذكر في الهداية في كتاب الكفالة قبل الفصل في الضمان قال ومن باع دارا وكفل عنه رجل
بالدرك فهو تسليم لأن الكفالة لو كانت مشروطة فيه فتمامه بقبوله ثم الدعوى سعي في نقض ما تم من جهته وإن لم تكن مشروطة فيه
فالمراد بها إحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه بدون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع ولو شهد وختم ولم يكفل
لم يكن تسليما وهو على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع وليست بقرينة فيه ولا هي بإقرار الملك لأن البيع مرة يوجد
من المالك وتارة من غيره ولعله كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين ولو باع ضيعة ثم ادعى أنها
وقف عليه أو على أولاده لا تسمع دعواه للتناقض لأن إقدامه على البيع إقرار منه وإذا أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك وإن
أقام البينة على ذلك قيل تقبل لأن الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى لأنه من باب الحسبة فإذا قبلت انتقض البيع وقيل
لا تقبل وهو أصوب وأحوط لأنه بإقامة البينة ... يدعي فساد البيع وحق الفسخ ولا تقبل للتناقض وقال في الجامع
الصغير إذا سمع بيع إنسان ملكه وهو ساكت لا يصح لأنه سكوت يحتمل الرضا والسخط وقال ابن أبي ليلى سكوته يكون إجازة منه
لا يسمع وفي جامع الفصولين والصحيح أن سكوته لا يكون تسليما لاحتمال أنه إنما سكت لعدم شهوده أو لأن القاضي لو خاصم عنده
لا يقضي له لما علم من حال القاضي قال رحمه الله ﴿وهبت مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها مهرها وقالوا كانت الهبة في مرض
موتها وقال بل في الصحة فالقول له﴾ أي للزوج والقياس أن يكون القول للورثة لأن الهبة حادثة والحوادث تضاف إلى أقرب
الأوقات ووجه الاستحسان أنهم اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج لأن الهبة في مرض الموت تفيد الملك وإن كانت للوارث ألا ترى
أن المريض إذا وهب عبده لوارثه أو باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان إن مات المورث في ذلك المرض ردا
للوصية للوارث بقدر الإمكان فقد سقط عنه المهر بالاتفاق والوارث يدعي العود عليه والزوج ينكر والقول قول المنكر قال رحمه
الله ﴿أقر بدين أو غيره ثم قال كنت كاذبا فيما أقررت حلف المقر له على أن المقر ما كان كاذبا فيما أقر به ولست بمبطل فيما تدعيه
عليه والإقرار ليس بسبب للملك﴾ وهذا قول أبي يوسف وقالا لا يحلف لأن الإقرار حجة ملزمة شرعا ولا يصار معه إلى اليمين كالبينة
بل أولى لأن احتمال الكذب فيه أبعد لضرره بذلك ووجه الاستحسان أن العادة جرت بين الناس أنهم يكتبون الصك إذا أرادوا
الاستدانة قبل الاستلام يأخذون المال فلا يكون الإقرار دليلا وكذا الواهب ووارث المقر يحلف المقر له على الصحيح لأن الوارث
ادعى الجزء الذي في يد المقر له فيحلف على نفي العلم إن لا يعلم أنه كاذب فيحلف وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع
والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي لا يضره اليمين إن كان صادقا فيصار إليه قال رحمه الله ﴿ولو قال لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت
صار وكيلا﴾ لأن سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فإنه إذا سكت صحت الهبة وسقط
الدين لما بينا ولو قال من ساعته لا أقبل بطل ويبقى الدين على حاله وكذا لو قال جعلت أرضي عليك وقفا فسكت صح ولو قال لا أقبل
بطل وقال الأنصاري أو وقف لا يبطل بقوله لا أقبل لأنه وقف لله تعالى والأشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف لما عرف من أصله أنه
يصير وقفا بمجرد قوله وقفت داري قال رحمه الله ﴿وكذا انطال بها الإيجاب عرفا﴾ لأنه يتبين من جهة ما فيه من معنى اليمين

وهو تعليق الطلاق بفعلها ولا يصح الرجوع عن اليمين وهو تمليك من جهتها لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا يكون وكيلة بخلاف الأجنبي قال رحمه الله ﴿وكلتك بكذا على أني متى عزلتك فأنت وكيلي يقول في عزله عزلتك ثم عزلتك﴾ أي ثم يقول عزلتك لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فإن عزله انعزل عن الوكالة المنجزة ثم تنجزت المعلقة فصار توكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني قد رجع عن الوكالة الثانية قال رحمه الله ﴿ولو قال كلما عزلتك فأنت وكيلي يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة﴾ وقيل يقول في عزله كلما وكلتك فأنت معزول لأنه كلما صار وكيلا انعزل فيحصل مقصوده بذلك والأول أوجه قال رحمه الله ﴿وقبض بدل الصلح شرط إن كان دينا بدين﴾ فإن وقع على دراهم عن دنانير أو على شيء آخر في الذمة لأنه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الدائن بعقد المداينة يحمل على المعاوضة صار صرفا أو بيعا وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الكالئ بالكالئ وقد بيناه من قبل في كتاب الصلح وغيره قال رحمه الله ﴿وإلا لا﴾ أي إن لم يكن دينا بدين لا يشترط قبضه لأن الصلح إذا وقع على عين متعينة لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه وإن كان مال الربا كما لو وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله ﴿ادعى رجل على صبي دارا فصالحه أبوه على مال الصبي فإن كان للمدعي بينة جاز إن كان مثل القيمة أو أكثر بما يتغابن الناس فيه﴾ لأن للصبي فيه منفعة وهي سلامة العين له لأنه لو لم يصالح يستحقه المدعي فيتقيد بالمثل ويتقدر بما يتغابن فيه عادة لأنه لا يمكن التحرز عنه قال رحمه الله ﴿وإن لم تكن للمدعي بينة أو كانت غير عادلة لا﴾ يعني لا يصح لأنه يكون متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا له لأنه لم يستحق المدعي شيئا من ماله لولا الصلح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر فلا يجوز لأن الولاية نظرية قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن وإن كان الأب هو المدعي للصغير ولا بينة يجوز كيفما كان لأنه لم يثبت للصبي فيما ادعاه الأب له ملك ولا معنى الملك وهو التمكن من الأخذ فكان تحصيلا له مالا من غير أن يخرج من ملك الصبي شيئا بمقابلته فكان نفعا محضا فإن كان له بينة عادلة لا يجوز إلا بالمثل وبأقل بقدر ما يتغابن فيه لأنه صار في معنى الملك لتمكنه من الأخذ بالبينة العادلة ووصي الأب في هذا كالأب لأنه قائم مقامه قال رحمه الله ﴿قال لا بينة فبرهن أو لا شهادة لي فشهد تقبل﴾ ومعنى الأول أن يقول المدعي ليس لي بينة على دعواي هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل لأن التوفيق بينهما ممكن بأن كانت له بينة فنسي ثم ذكرها بعد ذلك أو كان لا يعلمها ثم علمها وعن أبي حنيفة أنها لا تقبل لأنه أكذب بينته ومعنى الثاني أن يقول الشاهد لا شهادة لفلان عندي في حق له ثم يشهد له به تقبل شهادته روي ذلك عن أبي حنيفة لأنه يحتمل أن تكون له شهادة فنسيها أو لم يعلمها ثم علمها وكذا لو قال لا أعلم لي حقا على فلان ثم أقام البينة أن له عليه حقا تقبل لإمكان التوفيق بخلاف ما إذا قال ليس لي عليه حق ثم ادعى حقا حيث لا تسمع دعواه لأن المناقضة بين الإقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما وفي الحجة في هذا كنفي الشهادة لا كنفي الحق حتى إذا قال لا حجة لي على فلان ثم أتى بحجة تقبل لأنه يقول نسيت ولو قال هذه الدار ليست لي أو قال ذلك العبد ثم أقام بينة أن الدار والعبد له تقبل بينته لأنه لم يثبت بإقراره حقا لأحد وكل إقرار لم يثبت به لغيره حقا كان لغوا ولهذا يصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لأنه حين نفاه لم يثبت فيه حقا لأحد قال رحمه الله تعالى ﴿وللإمام الذي ولاه الخليفة أن يقطع إنسانا من الطريق الجادة إن لم يضر بالمارة﴾ لأن للإمام ولاية التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فإذا رأى في ذلك مصلحة فله كان له أن يعطيه من غير أن يلحق ضررا بأحد ألا ترى أنه إذا رأى أن يدخل بعض الطريق في المسجد أو بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له أن يفعل ذلك والإمام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لأنه نائبه فكان فيه مثله قال رحمه الله ﴿من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح﴾ أي جاز البيع لأنه لم يكره على البيع وإنما باع باختياره غاية الأمر أنه صار ملجأ إلى بيعه لإيفاء ما طولب منه فتوهم أنه كره لأنا نقول ذلك لا يوجب الإكراه كالدائن إذا حبسه المدين فباع ماله ليقضي ثمنه دينه فإنه يجوز لأنه باعه باختياره وإنما وقع الإكراه في الإيفاء لا في البيع وقد تقدم مثله في السير وفي الفتاوى لو أدخل نفسه في مال السلطان ثم أكرهه السلطان على بيع ماله لا يكون ذلك إكراها لأنه لما دخل باختياره مع علمه أن السلطان إذا أخذه بمال يبيع داره وأمتعته صار راضيا بما يترتب على الدخول فلا يكون إكراها قال رحمه الله ﴿خوفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح إن قدر على الضرب﴾ لأنها مكرهة عليه إذ الإكراه على المال يثبت بمثله لأن التراضي شرط في تمليك الأموال والرضا ينتفي بمثله فلا يصح قال رحمه الله ﴿وإن أكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال﴾ لأن طلاق المكره واقع ولا يلزمها المال بفوات الرضا شرط

فيه على ما بينا من قبل في كتاب الاكراه قال رحمه الله ﴿ولو أحالت انسانا على الزوج بالمهر ثم وهبت المهر للزوج لا يصح﴾
لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة الغرماء عند موتها فرد تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون أو وهبه قال رحمه
الله ﴿اتخذ بئرا في ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب تحويله لا يجبر عليه وان سقط الحائط منه لم يضمن﴾ لانه تصرف
في خالص ملكه ولان هذا سبب وبه لا يجب الضمان الا اذا كان متعديا كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد
فلا يضمن قال رحمه الله ﴿ولو عمر دار زوجته بماله باذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها لان الملك لها﴾ وقد صح أمرها بذلك
فينتقل الفعل اليها فيكون كأنها هي التي عمرته فيبقى على ملكها وهو غير متطوع بالانفاق فيرجع لصحة أمرها فصار كالمأمور
بقضاء الدين قال رحمه الله ﴿ولنفسه بلا اذنها فله﴾ أي اذا عمر لنفسه من غير اذن المرأة كانت العمارة له لان الآلة التي بنى بها
ملكه فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر
بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك قال رحمه الله ﴿ولو عمر لها بلا اذنها فالعمارة لها وهو متطوع﴾ أي عمر لها بغير اذنها
كان لها البناء وهو متطوع بالبناء ولا يكون له الرجوع عليها به لانه لا ولاية له في ايجاب ذلك عليها قال رحمه الله ﴿ولو أخذ غريمه
فنزعه انسان من يده لم يضمن﴾ أي لا يضمن النازع ولا يشبه الا المتلف كما اذا حل قيد العبد فأبق فان الحال لا يضمن لان
التلف لم يتصل بفعله وانما حصل بفعل العبد وهو مختار وكذا اذا دل السارق فان الفعل حصل بفعل السرقة لا بدلالته ولو أمسك
هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لا يجب عليه الضمان وكذا هذا قال رحمه الله ﴿في يده مال انسان فقال له سلطان
ادفع الي هذا المال والا أقطع يدك أو أضربك خمسين فدفع لم يضمن﴾ أي لا يضمن الدافع لانه مكره عليه فكان الضمان على
المكره أو على الآخذ أيهما شاء المالك اذا كان الآخذ مختارا والا فعلى المكره فقط قال رحمه الله ﴿وضع منجلا في الصحراء
ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يؤكل﴾ لان الشرط أن يذبحه انسان
أو يجرحه وبدون ذلك لا يحل وهو كالنطيحة والمتردية حتى لو وجده ميتا من ساعته لا يحل لعدم شرطه قال رحمه الله ﴿كره من
الشاة الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر﴾ لما روى الاوزاعي عن واصل بن مجاهد قال كره
رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة قال أبو حنيفة الدم حرام وأكره الستة وذلك
لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة وكره ما سواه لانه مما تستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهة لقوله تعالى ويحرم عليكم
الخبائث وروى ان ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الآية فقال
شيخ عنده سمعت أبا هريرة يقول ذكر القنفذ عند النبي صلى الله عليه وسلم فقال خبيث من الخبائث قال رحمه الله ﴿وللقاضي أن
يقرض مال الغائب والطفل واللقطة﴾ لانه قادر على الاستخلاص ولا يفوت الحفظ به وهذه المسئلة مكررة مع قوله في كتاب
القاضي الى القاضي ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب الصك بخلاف الاب والوصي والملتقط لانهم عاجزون عن استخلاصه
فيكون تضييعا الا أن الملتقط اذا أنشد اللقطة ومضى مدة النشد ينبغي أن يجوز له الاقراض من الفقراء لانه لو تصدق به عليهم
في هذه الحالة جاز فالقرض أولى قال رحمه الله ﴿صبي حشفته ظاهرة بحيث لو رآه انسان ظنه مختونا ولا تقطع جلدة ذكره
الا بتشديد يترك كشيخ أسلم وقال أهل النظر لا يطيق الختان﴾ لان قطع الجلدة لتنكشف الحشفة فان كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة
الى القطع وان كان يواري الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم تقطع الجلدة كلها ينظر فان قطع أكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر
حكم الكل وان قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما والاصل أن الختان سنة كما جاء في الخبر وهو من شعائر
الاسلام وخصائصه حتى لو اجتمع أهل بلدة على تركه حاربهم الامام ولا يترك الا لضرورة وعذر الشيخ الذي لا يطيق ذلك ظاهر فيترك
قال رحمه الله ﴿ووقته سبع سنين﴾ أي وقت الختان سبع سنين وقيل لا يختن حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبله
فكان ايلاما له من غير حاجة وقيل أقصاه اثنتا عشرة سنة وقيل تسع سنين وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا
اعتيادا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق ألم الختان ختن والا فلا وهو أشبه بالفقه وقال
أبو حنيفة لا علم لي بوقته ولم يرو عن أبي يوسف ومحمد فيه شئ وان المشايخ اختلفوا فيه وختان المرأة ليس بسنة وانما هو مكرمة
للرجال في لذة الجماع وقيل سنة والاصل أن ايصال الالم الى الحيوان لا يجوز شرعا الا لمصالح تعود اليه وفي الختان اقامة السنة وتعود

أيضا لمصلحته لأنه جاء في الحديث الختان سنة يحارب على تركها وكذا يجوز كي الصغير وبط قرحته وغيره من المداواة وكذا يجوز ثقب أذن البنات الأطفال لأن فيه منفعة الزينة وكان يفعل ذلك من وقته صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير والحامل لا تفعل ما يضر بالولد ولا ينبغي لها أن تحتجم ما لم يتحرك الولد فإذا تحرك فلا بأس ما لم تقرب الولادة فإذا قربت فلا تحتجم لأنه يضره وأما الفصد فلا تفعله مطلقا ما دامت حبلى لأنه يخاف على الولد منه وكذا يجوز فصد البهائم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها وجاز قتل ما يضر من البهائم كالكلب العقور والهرة إذا كانت تأكل الحمام والدجاج لإزالة الضرر ويذبحها ولا يضربها لأنه لا يفيد فيكون معذبا لها بلا فائدة قال رحمه الله ﴿والمسابقة بالفرس والإبل والأرجل والرمي جائزة﴾ لقوله صلى الله عليه وسلم لا سبق إلا في خف أو نعل أو حافر وأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسلمة بن الأكوع أن يسابق رجلا كان لا يسابق أبدا فسبقه سلمة بن الأكوع وقال الزهري كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيل والركاب والأرجل ولأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة خيلهم وأنفسهم والتعلم للكر والفر ٧ مباح قال رحمه الله ﴿وحرم شرط الجعل من الجانبين لا من أحد الجانبين﴾ لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سبق بالخيل وراهن ومعنى شرط الجعل من الجانبين أن يقول إن سبق فرسك فلك علي كذا وإن سبق فرسي فلي عليك كذا وهو قمار فلا يجوز لأن القمار من القمر الذي يزداد تارة وينقص أخرى وسمي القمار قمارا لأن كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه ويجوز أن يستفيد مال صاحبه فيجوز الازدياد والنقصان في كل واحد منهما فصار ذلك قمارا وهو حرام بالنص ولا كذلك إذا شرط من جانب واحد بأن يقول إن سبقتني فلك علي كذا وإن سبقتك فلا شيء لي عليك لأن النقصان والزيادة لا يمكن فيهما وإنما في أحدهما يمكن الزيادة وفي الآخر النقصان فلا يكون مقامرة لأن المقامرة مفاعلة منه فيقتضي أن يكون من الجانبين وإذا لم يكن في معناه جاز استحسانا لما روينا والقياس أنه لا يجوز لما فيه من تعليق المال على الخطر وهذا لا يجوز فيما عدا الأربعة المذكورة في الكتاب كالبغل وإن كان الجعل مشروطا من أحد الجانبين وفي الحديث إشارة إليه لأنه خصص هؤلاء والمراد أن الاستباق بلا جعل يجوز في كل شيء ولا يمكن إلحاق ما شرط فيه الجعل ٧ لأنه ليس في معناه لأن المانع فيه من وجهين القمار والتعليق بالخطر وفي الآخر من وجه واحد هو التعليق بالخطر لا غير فليس بمثله حتى يقاس عليه وشرطه أن تكون الغاية مما تحتمله الفرس وكذا شرطه أن يكون في كل واحد من الفرسين احتمال السبق أما إذا علم أن أحدهما يسبق لا محالة فلا يجوز لأنه إنما جاز لحاجة الرياضة على خلاف القياس وليس في هذا إيجاب المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه فلا يجوز ولو شرط الجعل من الجانبين وأدخلا ثالثا بينهما محللا جاز إذا كان فرس المحلل كفؤا لفرسيهما يجوز أن يسبق أو يسبق لا محالة وإلا فلا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم من أدخل فرسا بين الفرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وصورة إدخال المحلل أن يقول للثالث إن سبقتنا فالمالان لك وإن سبقناك فلا شيء لنا عليك ولكن الشرط الذي شرطاه بينهما وهو أن أيهما سبق كان له الجعل على صاحبه باق على حاله ويأخذه أيهما غلب المال المشروط له من صاحبه وإنما جاز هذا لأن الثالث لا يغرم على التقادير كلها قطعا ويقينا وإنما يحتمل أن يأخذ أو لا يأخذ فخرج بذلك من أن يكون قمارا فصار كما إذا شرط من جانب واحد لأن القمار هو الذي يستوي فيه من الجانبين في احتمال الغرامة على ما بيناه ولو قال واحد من الناس لجماعة من الفرسان أو للاثنين من سبق فله كذا من مال نفسه أو قال للرماة من أصاب الهدف فله كذا جاز لأنه من باب التنفيل فإذا كان التنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه يجوز فما ظنك بخالص ماله فصار أنواع السبق أربعة ثلاثة منها جائزة وواحدة منها لا تجوز وقد ذكرناها جميعا ويعرف ذلك بالتأمل وعلى هذا الفقهاء إذا تنازعوا في المسائل وشرط للمصيب منهم جعل جاز ذلك إذا لم يكن من الجانبين على ما ذكرنا في الخيل لأن المعنى يجمع الكل إذ التعليم في البابين يرجع إلى قوة الدين أو إعلاء كلمات الله تعالى والمراد بالجواز المذكور في باب المسابقة الحل لا الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضي ولا يقضى عليه به وقد قدمنا ذلك فيما تقدم قال رحمه الله ﴿ولا يصلى على غير الأنبياء والملائكة إلا بطريق التبع﴾ لأن في الصلاة من التعظيم ما ليس في غيرها من الدعوات وهي زيادة الرحمة والتقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك بمن يتصور منه الخطايا والذنوب وإنما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز وقوله إلا تبعا بأن يقول اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم لأن فيه تعظيم النبي صلى الله عليه وسلم واختلفوا في الترحم على النبي صلى الله عليه وسلم بأن يقول اللهم ارحم محمدا قال بعضهم لا يجوز لأنه ليس فيه

ما

ما يدل على التعظيم مثل الصلاة والسلام ولهذا يجوز أن يدعى بهذا اللفظ لغير الأنبياء والملائكة عليهم الصلاة والسلام وهو من جوز
قطعا فيكون تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه الصلاة فلا حاجة إليها وقال بعضهم يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان من
أشوق العباد إلى مزيد رحمة الله ومعناها معنى الصلاة فلم يوجد ما يمنع من ذلك ثم الأولى أن يدعو للصحابة بالرضا فيقول رضي الله
عنهم لأنهم كانوا يبالغون في طلب الرضا من الله تعالى ويجتهدون في فعل ما يرضيه ويرضون بما يلحقهم من الابتلاء من جهته أشد
الرضا فهؤلاء أحق بالرضا وغيرهم لا يلحق أدناهم ولو أنفق ملء الأرض ذهبا والتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن بعدهم بالمغفرة
والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم ولقلة اهتمامهم بالأمور الدينية قال رحمه الله ﴿والإعطاء باسم النيروز
والمهرجان لا يجوز﴾ أي الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر وقال أبو حفص الكبير رحمه الله لو أن رجلا عبد الله تعالى
خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز وأهدى إلى بعض المشركين بيضة يريد تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله وقال صاحب الجامع
الأصغر إذا أهدى يوم النيروز إلى مسلم آخر ولم يرد به تعظيم اليوم ولكن على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر ولكن ينبغي له
أن لا يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة ويفعله قبله أو بعده لكيلا يكون تشبها بأولئك القوم وقد قال صلى الله عليه وسلم من تشبه
بقوم فهو منهم وقال في الجامع الأصغر رجل اشترى يوم النيروز شيئا يشتريه الكفرة منه وهو لم يكن يشتريه قبل ذلك إن أراد به تعظيم
ذلك اليوم كما تعظمه المشركون كفر وإن أراد الأكل والشرب والتنعم لا يكفر قال رحمه الله ﴿ولا بأس بلبس القلانس﴾ لما روي
أن النبي صلى الله عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك ذكره في الذخيرة قال رحمه الله ﴿ويسن لبس السواد وإرسال ذنب
العمامة بين الكتفين إلى وسط الظهر﴾ لأن محمدا رحمه الله ذكر في السير الكبير في باب الغنائم حديثا يدل على أن لبس السواد
مستحب ومن أراد أن يجدد اللف لعمامته ينبغي له أن ينقضها كورا كورا فإن ذلك أحسن من رفعها على الرأس وإلقائها
في الأرض دفعة واحدة وأن المستحب إرسال ذنب العمامة بين الكتفين واختلفوا في مقدار الذنب قيل شبر وقيل إلى وسط الظهر
وقيل إلى موضع الجلوس وكان محمد رحمه الله يتعمم بالعمامة السوداء فدخلت عليه يوما مستورة فنظرت إلى وجهه وهي متحيرة
فقال لها ما شأنك فقالت أعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك فوضعها عن رأسه ولم يتعمم بالعمامة السوداء بعد ذلك
ويستحب للرجل أن يلبس أحسن ثيابه وكان أبو حنيفة يأمر أصحابه بذلك ويلبس رداء قيمته أربعمائة دينار وأباح الله تعالى الزينة بقوله
قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده وقال صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى إذا أنعم على عبد أحب أن يرى أثر نعمته عليه
وقد خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم وربما قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف
درهم قال رحمه الله تعالى ﴿وللشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل﴾ لأنه أفضل منه قال الله تعالى هل يستوي الذين يعلمون
والذين لا يعلمون ولهذا يتقدم في الصلاة وهي أحد أركان الإسلام وهي تالية الإيمان وقال الله تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول
وأولي الأمر منكم والمراد بأولي الأمر العلماء في أصح القولين والمطاع شرعا مقدم وكيف لا يتقدمون والعلماء ورثة الأنبياء عليهم
الصلاة والسلام على ما جاءت به السنة قال رحمه الله ﴿ولحافظ القرآن أن يختم في كل أربعين يوما﴾ لأن المقصود من قراءة القرآن
فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة قال الله تعالى أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب أقفالها وذلك يحصل بالتأني لا بالتوالي
في المعاني فقدر الختم أدناه بأربعين يوما كل يوم حزب ونصف أو ثلثا حزب أو أقل والله تعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب الفرائض﴾

اعلم أن علم الفرائض هو علم المواريث يحتاج إليه لكثرة ما تعم به البلوى ويكون فيه من النوازل والفتوى ولهذا حث الشارع على
تعلمه ورغب فيه مخافة اندراسه فقال تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإني امرؤ مقبوض وسيقبض هذا العلم بقبض العلماء
وتظهر الفتن حتى يتنازع الاثنان في الفريضة فلا يجدان أحدا يفصل بينهما وقال عليه الصلاة والسلام تعلموا الفرائض وعلموها
الناس فإنه أول ما ينزع من أمتي ثم يحتاج إلى معرفة تفسير الفرائض وسبب استحقاق الميراث وسبب حرمانه والحقوق المتعلقة
بالتركة وأصناف الوارثين أما تفسيرها فالفرض في اللغة عبارة عن التقدير قال الله تعالى فنصف ما فرضتم أي قدرتم ويقال فرض
القاضي النفقة إذا قدرها وكذا يستعمل للقطع يقال فرضت الفأرة الثوب أي قطعته فسمي كتاب الفرائض لأن سهام المواريث
كلها مقدرة مقطوعة ولأن سبب استحقاق الإرث القرابة وما هو ملحق بها كالولاء أما القرابة فنوعان رحم وزوجية ونص

الكتاب فالعمل بهما وهو قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم الآية ولأن الميت لما استغنى عن ماله ولم يستحقه أحد يستحقه عامة المسلمين
والقريب أولى الناس به فيستحقه بالقرابة صلة كما يستحق النفقة حال حياة مورثه صلة والزوجية أصل القرابة وأساسها لأن
القرابات تفرعت وتشعبت منها فالتحق قرابة السبب بقرابة النسب في حق استحقاق الارث وأما الولاء فلقوله عليه الصلاة والسلام
الولاء لحمة كلحمة النسب يعني في حق استحقاق الميراث فيلتحق الولاء بالنسب ولأنه بالاعتاق تسبب الى احيائه حكما حين أزال
عنه المالكية والولاية التي هي من خاصة الانسانية وكان السبب الى الاحياء يعني بالاعتاق وكذا ولاء الموالاة لقوله عليه الصلاة
والسلام لمن سأله عمن أسلم على يد رجل هو أحق الناس به محياه ومماته وأما ما يحرم به الميراث فأنواع ثلاثة الرق والكفر والقتل
مباشرة بغير حق أما الرق فلأنه سلب أهلية الملك وأما الكفر فلقوله عليه الصلاة والسلام لا يتوارث أهل ملتين يعني لا يرث كافر
مسلما ولا مسلم كافرا وأما القتل فلما يأتي في بابه وأما الحقوق المتعلقة بالتركة فأربعة الكفن والدفن والوصية والدين والميراث فأول
ما يبدأ منها تكفين الميت ودفنه لأن ستر عورته ومواراة سوأته من أهم حوائجه واستغراق الدين بماله لم يمنعه من ذلك حال حياته
فكذلك بعد وفاته ثم يقضي ديونه لأنها أهم من قضاء ديون الله لاستغناء الله تعالى وافتقار العبد لشدة حاجته ومنة الله تعالى في حقوق
العباد ولكثرة تجاوز الله تعالى وعفوه وتفضله وكرمه ثم تنفذ وصيته من الثلث لأنها من حوائج الميت والوارث انما يستحق الميراث
اذا استغنى المورث وهذا اذا كانت الوصية بشيء بعينه فان كانت الوصية بثلث ماله أو بربعه فالموصى له شريك الورثة لأنها بمعنى
الميراث لأنه مستحقه في جميع التركة شائعا كحق سائر الورثة ثم يقسم الباقي بين ورثته على فرائض الله تعالى وسنة رسول الله
صلى الله عليه وسلم وأما أصناف الوارثين فثلاثة أصحاب الفرائض الذين لهم سهام مقدرة وعصبة وهم الذين يأخذون ما فضل من
أصحاب الفروض وذوو الارحام وهم الذين ليس لهم فروض مقدرة ولا لهم حقيقة تعصيب وانما لهم مجرد قرابة ولم يتعرض المؤلف
لبيان ما يجري فيه الارث وما لا يجري فيه الارث فنقول لا شك أن أعيان الاموال يجري فيها الارث وأما الحقوق فمنها ما يجري فيه
الارث وهو حق الشفعة وخيار الشرط وحد القذف عندنا والنكاح لا يورث بلا خلاف وحبس المبيع وحبس الرهن يورث والوكالات
والعواري والودائع لا تورث واختلف المشايخ في خيار العيب فمنهم من قال يورث ومنهم من قال لا يورث ولكن لا يثبت للورثة
ابتداء والدية تورث بلا خلاف وأما القصاص فالاصل أنه يورث ويثبت للورثة ابتداء ويجوز أن يقال القصاص لا يورث عند
أبي حنيفة ويورث عندهما والولاء يورث بلا خلاف وأما بيان الوقت الذي يجري فيه الارث فنقول هذا فصل اختلف المشايخ فيه
قال مشايخ العراق الارث يثبت في آخر جزء من أجزاء حياة المورث وقال مشايخ بلخ الارث يثبت بعد موت المورث وفائدة هذا
الاختلاف انما تظهر في رجل زوج بأمة الغير ثم قال لها اذا مات مولاك فأنت حرة فمات المولى والزوج وارثه هل تعتق فعلى قول
من يقول ان الارث يجري في آخر جزء من أجزاء حياة المورث تعتق بعد الموت وذكر هذه المسألة في القدوري وذكر أنها على
قول أبي يوسف لا تعتق وعلى قول زفر تعتق وأما ما يستحق به الارث وما يحرم به فنقول ما يستحق به الارث شيآن النسب والسبب
فالنسب على ثلاثة أنواع المنتسبون اليه وهم الاولاد والمنتسب هو اليهم وهم الآباء والامهات والنسب وهم الاخوات والاعمام
والعمات ونحو ذلك والسبب ضربان زوجية وولاء والولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء الموالاة وفي النوعين من الولاء يرث الاعلى من
الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى هذا بيان جملة ما يستحق به الارث جئنا الى بيان ما يحرم به الارث فنقول ما يحرم به من الميراث
الرق حتى أن العبد لا يرث من الحر والحر لا يرث من العبد وسيأتي شيء من ذلك بعدها واختلاف الدينين حتى لا يرث الكافر من
المسلم ولا المسلم من الكافر وسيأتي في بابه والقتل مباشرة بغير حق وفي القتل يشترط لحرمان الميراث ثلاثة أشياء أحدها المباشرة
سواء كانت عمدا أو خطأ حتى أن من تسبب الى قتل مورثه بأن صب الماء على الطريق فزلق به مورثه فمات أو حفر بئرا على حافة
الطريق فوقع فيها مورثه ومات لا يحرم من الميراث الثاني أن يكون القتل بغير حق والقتل بحق لا يوجب حرمان الارث ألا ترى
أن من صال عليه مورثه فقتله الوارث دفعا للصيال لا يوجب حرمان الميراث الشرط الثالث أن يكون المباشر مخاطبا حتى أن
الصبي والمجنون اذا قتل لم يتعلق به حق وجوب القصاص ولا حرمان الميراث وكذلك اختلاف الدارين سبب لحرمان
الميراث لأن الميراث انما يستحق بالنصرة ولا تناصر عند اختلاف الدارين ولكن هذا الحكم في أهل الكفر لا في حق
المسلمين حتى أن المسلم اذا مات في دار الاسلام وله ابن مسلم في دار الهند أو الترك يرث وفي الكافي ثم اختلاف الدارين على نوعين

حقيقي كالحربي مات في دار الحرب وله ابن ذمي في دار الاسلام فانه لا يرث الذمي من ذلك الحربي وكذا لو مات ذمي في دار الاسلام وله أب أو ابن في دار الحرب فانه لا يرث ذلك الحربي من ذلك الذمي وحكمي كالمستأمن والذمي حتى لو مات مستأمن في دارنا لا يورث منه وارثه الذمي وكذلك الدين سبب لحرمان الميراث وهذا اذا كان الدين مستغرقا للتركة أما اذا لم يكن مستغرقا فالقياس أن لا يوجب حرمان الارث وفي الاستحسان لا يوجب وقد قيل العقد سبب لحرمان الميراث أيضا حتى لا يرث البعيد من القريب اذ لو ورث لورث جميع العالم من واحد وأنه محال قال رحمه الله ﴿يبدأ من تركة الميت بتجهيزه﴾ المراد من التركة ما تركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه وان كان حق الغير متعلقا به كالرهن والعبد الجاني والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما في حال حياته فحاصله أنه معتبر بحال حياته فان المرء يقدم نفسه في حال حياته فيما يحتاج اليه من النفقة والكسوة والسكنى على أصحاب الدين ما لم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد موته فانه يقدم تجهيزه من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية أو كفن السنة أو قدر ما كان يلبسه في حال حياته من الوسط أو من الذي كان يتزين به في الاعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه لقوله تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وهو محترم حيا وميتا فلا يجوز كشف عورته وفي الاثر لعظام الميت من الحرمة ما لعظام الحي فيجب أن يعلم ان التركة تتعلق بها حقوق أربعة جهاز الميت ودفنه والدين والوصية والميراث فيبدأ بجهازه وكفنه وما يحتاج في دفنه بالمعروف وفي الكافي من غير تبذير ولا تقتير وفي التهذيب اذا مات الرجل يبدأ من تركته بتكفينه وتجهيزه بالمثل والمثل ما يلبس عند الخروج وقيل في الاعياد وقيل في الجمع والجماعات وهو الاصح ثم الدين وأنه لا يخلو اما ان يكون الكل دين المرض وان كان البعض دين الصحة والبعض دين المرض فان كان الكل سواء لا يقدم البعض على البعض وان كان الدين دين الصحة والبعض دين المرض ثبت بالبينة أو المعاينة فهو ودين الصحة سواء وفي المضمرات وسئل عمن مات وله مال في يد أجنبي وطلب منه الورثة تسليم ذلك وعلى الميت ديون والمدعى عليه يعلم بذلك وأبهم ورثته فصالحه الورثة عما عليه وفي يده مال ثم دفعه من مال نفسه اليهم هل يغرم لغرماء الميت فقال نعم ولا يبرأ بهذا الصلح وسئل عمن مات وله في يد أجنبي مال وله ورثة ولا شيء في أيديهم وعلى الميت ديون على من يدعي صاحب الدين وعلى من يقيم البينة فقال على ذي اليد بحضرة الورثة وتنفذ وصاياه من ثلث ماله وفي السراجية للحصامي ثم تنفذ وصاياه من ثلث ما بقي بعد الكفن والدين الا أن يجيز الورثة أكثر من الثلث ويقسم الباقي بين الورثة على سهام الميراث وهذا اذا كانت الوصية لشيء بعينه وأما اذا كانت الوصية شائعة والوصية بالثلث أو بالربع لا تقدم الوصية على الميراث بل يكون الموصى له شريك الورثة في هذه الصورة يزاد حقه بزيادة تركة الميت وينقص حقه بنقصان تركة الميت قال رحمه الله ﴿ثم دينه﴾ لقوله تعالى من بعد وصية توصون بها أو دين قال علي كرم الله وجهه انكم تقرؤن الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي صلى الله عليه وسلم قدم الدين على الوصية ولان الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداءة بالواجب أولى والتقديم ذكرا لا يدل على التقديم فعلا والمراد دين له مطالب من جهة العباد لا دين الزكاة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت ولا يلزم الورثة أداؤها الا اذا أوصى بها أو تبرعت الورثة بها من عندهم لان الركن في العبادات نية المكلف وفعله وقد فات بموته ولا يتصور بقاء الواجب لان الآخرة ليست بدار الابتلاء حتى يلزمه الفعل فيها ولا العبادة حتى يجبر بفعل غيره من غير اختيار بخلاف دين العباد لان فعله ليس بمقصود فيه ألا ترى ان صاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وأخذه يجزئ بذلك ولا كذلك حق الله تعالى لان المقصود فيها فعله ونيته ابتلاء والله غني عن ماله وعن العالمين جميعا غير ان الله تعالى تصدق على العبد بثلث ماله في آخر عمره ليتدارك ما فرط فيه تفضلا من غير حاجة اليه فان أوصى به قام وفعل الورثة مقام فعله لوجود اختياره بالايصاء والا فلا قال رحمه الله ﴿ثم وصيته﴾ أي تنفذ وصيته من ثلث ما بقي بعد التجهيز والدين لما تلونا وفي أكثر من الثلث لا يجوز الا باجازة الورثة وقد بيناه في كتاب الوصية ثم هذا الدين يقدم على الورثة في المعنى بل هو شريك لهم حتى اذا سلم له شيء سلم للورثة ضعفه أو أكثر ولا بد من ذلك بخلاف التجهيز والدين فان الورثة والموصى لهم لا يأخذون الا ما فضل منهما قال رحمه الله ﴿ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض أي ذو سهم مقدر﴾ لما تلونا ولقوله عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض بأهلها فما فضل فلذي عصبة ذكر وفي رواية فلأولى رجل ذكر وذلك على سبيل التأكيد كقوله تعالى تلك عشرة كاملة ولا طائر يطير بجناحيه قال رحمه الله ﴿فللاب السدس مع الولد وولد الابن﴾ لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد جعل له السدس مع

أولاد وولد الابن ولد شرعاً بالإجماع قال الله تعالى يا بني آدم وكذا عرفاً قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا ٭ بنوهن أسماء الرجال الأباعد

وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل من باب عموم المجاز أو عرف كون ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الإجماع وجميع أحوال الأب في الفرائض ثلاثة أحدها الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن أو ابن الابن وإن سفل لما تلونا والحالة الثانية الفرض والتعصيب وذلك مع البنت أو بنت الابن الفرض بما تلونا والتعصيب لما روينا والحالة الثالثة التعصيب المطلق وذلك إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن لقوله تعالى فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه السدس ذكر فرض الأم وجعل الباقي له دليل على أنه عصبة قال رحمه الله ﴿والجد كالأب إذا لم يدخل في نسبته أم إلا في ردها إلى ثلث ما بقي وحجب أم الأب وحجب الإخوة﴾ أي الجد كالأب إذا لم يدخل في نسبته إلى الميت أنثى وهو الجد الصحيح إلا في مسئلتين أحدهما في رد أم الميت من ثلث الجميع إلى ثلث ما بقي وحجب أم الأب في زوج أو زوجة وأبوين فإن الأب يردها إليه كما تقدم وفي حجب أم الأب فإن الأب يحجبها دون الجد وإن تخلل في نسبته إلى الميت أم كان فاسداً فلا يرث إلا على أنه من ذوي الأرحام لأن تخلل الأم في النسبة يقطع النسب والنسب إلى الآباء لأن النسب للتعريف بالشهرة وذلك يكون بالمشهور وهو المذكور دون الإناث وقوله كالأب يعني عند عدم الأب لأن الجد يسمى أباً قال الله تعالى حكاية عن يوسف عليه الصلاة والسلام واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحاق ويعقوب وكان إسحاق جده وإبراهيم جد أبيه وقال الله تعالى يا بني آدم لا يفتننكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة وهما آدم وحواء عليهما السلام فإذا كان أباً دخل في النص إما بطريق عموم المجاز أو بالإجماع على ما ذكرنا في ابن الابن فكان له الأحوال الثلاثة التي ذكرناها في الأب وله حالة رابعة وهو السقوط بالأب لأنه أقرب منه ويدلي به فلا يرث معه وإنما يقوم مقامه بعد عدمه وقوله ويحجب الإخوة أي الجد يحجب الإخوة كالأب لأنه قائم مقامه وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة على ما نحكي عنه إن شاء الله تعالى والأصح أن الجد نوعان صحيح وفاسد فالفاسد من جملة ذوي الأرحام والصحيح له أحوال ثلاثة على ما ذكرنا في الأب وحكمه حال عدم الأب في استحقاق السهم والتعصيب حكم الأب وحكم الواحد السدس وإذا كثر فالسدس بينهم بالسوية والفاصل بين الجد الصحيح والفاسد أن الصحيح هو الذي لم يتخلل في نسبته إلى الميت أم وإن تخلل في نسبته إلى الميت أم فهو فاسد والجد الصحيح كالأب واختلف مشايخنا في الفتوى في مسائل الجد فامتنع بعضهم من الفتوى أصلاً لكثرة الاختلاف الواقع فيها بين الصحابة وأفتى بها الآخرون لكن اختلفوا فيما بينهم كان الشيخ الإمام السرخسي يفتي في مسائل الجد بقول أبي يوسف ومحمد وبعض المتأخرين من مشايخنا اختاروا الفتوى بالصلح في مواضع الخلاف قالوا كما يفتى بالصلح في الأخذ في مواضع الخلاف المشترك لاختلاف الصحابة واختلاف الصحابة ههنا أظهر فكان الفتوى بالصلح هنا أحق وقال الشيخ الإمام شمس الدين الحلواني قال مشايخنا إن الصواب في مسائل الجد أن يعطي أحسن الأنصباء له ثم يقسم بين الجد وبين الإخوة والأخوات نصفين أمراً بالصلح قال القاضي الإمام عماد الدين الصدفي لا ينبغي للمفتي أن يقول المال كله للجد عند الصديق وإنما قال أبو حنيفة بذلك تعظيماً لأمر الصديق وأما أصول زيد رضي الله عنه فالأصل الأول أن يجعل الجد مع الإخوة والأخوات كأحدهم يقاسمهم يقاسمونه ويرثهم ويرثونه ما دامت المقاسمة خيراً له من ثلث جميع المال كجد وأخ إذا لا ينقص من الثلث فإن كان الثلث خيراً له من المقاسمة كجد وثلاثة إخوة يعطى الثلث ويقسم الباقي بينهم على فرائض الله تعالى الأصل الثاني أن يعتبر الإخوة والأخوات لأب مع الإخوة والأخوات لأب وأم في مقاسمة الجد حتى يظهر نصيب الجد فإذا ظهر نصيبه وأعطي نصيبه رد أولاد الأب ما أخذوا على أولاد الأب والأم وإن كانوا ذكوراً ومختلطين وخرجوا بغير شيء فيما اعتبرهم في الابتداء وأخرجهم في الانتهاء بيانه جد وأخ لأب وأم وأخ لأب وإن كان مع الجد أخت لأب وأم وأخوة وأخوات لأب يقسم كما قلنا ثم رد الإخوة والأخوات لأب على الأخوات لأب وأم إلى تمام النصف وعلى الأخت لأب وأم إلى تمام الثلثين ثم إن فضل شيء يكون له وإلا فلا شيء لهم فصل في مسائل تقوم الجد مقام الأب في حجب الأخوات لأب وأم أو لأب عند أبي حنيفة وهو قول أبي بكر الصديق وعبد الله بن عباس وأبي موسى الأشعري وطلحة وعليه الفتوى وقال زيد يقاسم الجد الإخوة والأخوات ما دامت المقاسمة خيراً له إن كان لا ينقص نصيبه من الثلث وكان يجعل الجد كأخ آخر وكان يجعل نصيبه كنصيب الأخ فإن انتقص نصيبه من الثلث تم له ثلث المال وهو قول أبي يوسف ومحمد وفي المضمرات تفسير المقاسمة أن يجعل الجد

المقاسمة كأحد الاخوة وبيانه في المسائل اذا ترك الرجل أختا لاب وأم أو لاب وجدا فعلى قول أبي حنيفة المال كله للجد وعلى
قولهما المال بينهما على ثلاثة أسهم سهمان للجد وسهم للاخت ويجعل الجد في هذه الصورة كأخ آخر لان المقاسمة خير له فاذا جعلناه
أخا آخر فأصله سهمان من ثلاثة فيجعل كذلك ان ترك ثلاث اخوة لاب وأم أو لاب وجدا يقسم المال بينهم أخماسا فلهم له
سهمان من ثلاثة وان ترك ثلاث اخوة لاب وأم أو لاب وجدا فللجد الثلث ويجعل الجد كأخ فيقسم المال بينهم أخماسا سهمان للاخ
سهم للاخت ويجعل الجد كأخ آخر لان المقاسمة خير له لانا لو أعطيناه الثلث في هذه الحالة أعطيناه سهمين من ستة وسهمان من
ستة خير له من سهمين من ستة ولو ترك جدا وأخوين لاب وأم وأختا لاب وأم فهما على الجد مثل المال لان الثلث خير له لان
المقاسمة تحصل له سهمان من سبعة فاذا جعلنا الجد كأخ آخر كان خيرا له وان ترك جدا وأختا لاب وأم أو لاب وأختين لاب في هذه
الصورة لا فرق بين المقاسمة وبين الثلث عندهما لان بالمقاسمة يصير كأنه مات عن ثلاثة اخوة لاب وأم لانا جعلنا الاختين أخا
فاذا كان كذلك نقسم المال بينهم أثلاثا فيكون للجد الثلث سهم من ثلاثة ولو أعطيناه الثلث ابتداء كان على الحساب من ثلاثة
فله سهم من ثلاثة فهو معنى قولنا انه لا فرق بين المقاسمة وبين الثلث هنا والفتوى في هذه المسائل وما يتصل بها على قول
أبي حنيفة وفي الكافي ولو ترك جدا وأخوين فالثلث وهما والمقاسمة سواء ولو ترك جدا وثلاثة اخوة فالثلث هنا خير من المقاسمة
قال في شرح الطحاوي ولو مات وترك جدا وأختا لاب وأم وأختا لاب فان الاخ من الاب لا يرث مع الاخ لاب وأم وحده فان الاخ
لاب يدخل مع الجد لانه وارث في حق الجد وان لم يكن وارثا في حق الاخ لاب وأم فتكون المقاسمة والثلث سواء فيعطى للجد
الثلث والثلثان للاخوين لكل أخ ثلثه وهذا كما يقول في الاخوين مع الاب يردان الام من الثلث الى السدس ومع ذلك لا يرثان
مع الأب وذكر في المضمرات ان المسائل الملقبة بالاخوة خمسة أحدها الشركة وهي ان تترك المرأة زوجها وأما وجدا أو اخوة من
الام واخوة من أب وأم فللزوج النصف وللام السدس ولولد الام الثلث ولا شيء للاخ من الاب والام وهذا قول أبي بكر الصديق رضي
الله عنه وعمر يشترك أولاد الاب والام مع أولاد الام في الثلث كلهم أولاد أم واحدة سواء فيه الذكر والانثى وهذا قول عمر رضي الله عنه
وبه أخذ مالك والشافعي وكان عمر رضي الله عنه يقول أولا كما يقول أبو بكر رضي الله عنه ثم رجع الى قول غيره وسبب رجوعه انه
سئل عن هذه المسألة فأجاب كما هو مذهبه فقام واحد من أولاد الاب فقال يا أمير المؤمنين هب ان أبانا كان حمارا أليس أمنا أم واحدة
فأطرق عمر رأسه متأملا ثم رفع رأسه فقال صدقوا هم سواء أم واحدة فشركهم في الثلث فسميت المسألة
مشركة لتشريك عمر وحمارية للقول الثاني وأما المسألة المدرية والثالثة الاكدرية والرابعة الثمانية وقد مرت وأما الخامسة الحربية
فهي ثلاث أخوات متفرقات وثلاث بنات متحاذيات وجد هو أب الاب تحجب أم الام بالاب وتحجب الاخت من الام أصلا
والاخت من الاب تدخل في المقاسمة وتخرج بغير شيء على الخلاف وتخرج المسألة من اثني عشر بعد القطع وانما سميت حربية لان
ابن حبيب فعلها وفي الذخيرة فصل في الحجب يجب ان تعلم بأن الحجب على نوعين حجب حرمان وحجب نقصان فحجب الحرمان يرد
على الكل الا على ستة الزوج والزوجة والاب والام والبنت والابن وحجب النقصان لا يرد الا على ثلاثة الزوج والزوجة والام والحجب
نوعين حجب نقصان وهو حجب عن سهم الى سهم وذلك لخمس نفر الزوجين والام والجدة وبنت الابن والاخت لاب وحجب حرمان
والناس فيه فريقان فريق لا يحجبون بحال وهم ستة وهذا يبنى على أصلين أحدهما ان كل من يدلي الى الميت بشخص لا يرث
مع وجود ذلك الشخص سوى أولاد الام فانهم يرثون معها لانعدام استحقاقها التركة والثاني الاقرب فالاقرب كما في العصبات قال
الله ﴿ولامه الثلث﴾ وذلك عند عدم الولد وولد الابن لما تلونا وعند عدم الاثنين من الاخوة والاخوات على ما بينا قال
الله ﴿ومع الولد وولد الابن أو الاثنين من الاخوة والاخوات لاولادهم السدس﴾ يعني مع واحد من هؤلاء المذكورين لا ترث
الا السدس لما تلونا ولقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس فاسم الولد في المتلو يتناول الولد وولد الابن على قول
الصحابة وروي عن ابن عباس انه لا تحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة لان اسم الجمع لا ظاهر الآية فان الاخوة جمع
والثلاثة وعلى أن الجمع يطلق على المثنى قال الله تعالى وهل أتاك نبأ الخصم اذ تسوروا المحراب اذ دخلوا على داود ففزع منهم
لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فأطلق صيغة الجمع في تسوروا ودخلوا وفي منهم على المثنى الملكان اللذان دخلا عليه كما
عرف ومثل هذا كثير شائع في كلام العرب قال رحمه الله ﴿ومع الاب واحد الزوجين ثلث الباقي بعد فرض أحدهما﴾

فيكون لهما السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو الثلث الباقي بعد فرض أحدهما فصار للام ثلاثة أحوال ثلث الكل وثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين والسدس وقد ذكرنا الكل بتوفيق الله تعالى ولذا جعل الله للام ثلث ما ترثه هي والاب عند عدم الولد والاخوة لا ثلث الكل لقوله تعالى وورثه أبواه فلامه الثلث أي ثلث ما يرثانه والذي يرثانه مع أحد الزوجين هو الباقي من فرضه ولانها لو أخذت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الاب مع الزوج أو قريبا من نصيبه مع الزوجة والنص يقتضي تفضيله عليها بالضعف اذا لم يوجد الولد والاخوة ولهذا قال ابن مسعود في الرد عليه ما أراد الله تفضيل الانثى على الذكر وقال زيد لا أفضل الانثى على الذكر ومرادهما عند الاستواء في القرابة والقرب وأما عند الاختلاف فلا يمتنع تفضيل الانثى على الذكر ولهذا لو كان مكان الاب جد كان للام ثلث الجميع فلا يبالي بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه وأما عند أبي يوسف لها ثلث الباقي أيضا مع الجد وهو مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما لانهما كانا يفضلان الام على الجد قال رحمه الله ﴿وللجدات وان كثرن السدس ان لم تتخلل جد فاسد في نسبها الى الميت﴾ قال في الاصل والكلام في الجدات في مواضع في توريثهن ومعرفة الصحيحة من الفاسدة منهن وفي قدر ميراثهن وفيما يسقطن به فالاول كل شخص له جدتان أم أم وأم أب ولابيه وأمه كذلك وهكذا الى كل واحد من الاصول الى ان ينتهي الى آدم وحواء عليهما السلام فالصحيحة منهن من لا يتخلل في نسبها الى الميت ذكر بين انثيين والفاسدة من تخلل في نسبها ذكر وذلك جد فاسد من يدلي به يكون فاسدا كما ذكرنا وأثنى وعند سعد بن أبي وقاص الفاسدة من تدلي بذكر مطلقا واذا أردت تنزيل كل عدد من الجدات الوارثات المتحاذيات فاذكر أولا لفظة أم أم بمقدار العدد الذي تريده ثم تقول ثانيا أم أم وتجعل مكان الام الاخيرة أبا ثم في كل مرة تبدل مكان الام أبا على الاول الى ان يبقى لفظة أم مرة مثاله اذا سئلت عن أربع جدات وارثات متحاذيات فقيل أم أم أم أم بقدر عددهن لفظة أم مرة لا تأت الدرجة التي تتصور أن يجتمعن فيها فانه لا يتصور ان يجتمعن فيها الا اذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات فاربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن الا في الدرجة الرابعة فتقول أم أم أم أم أربع مرات فهذه واحدة منهن وهي من جهة الام ولا يتصور من جهتها وارث أكثر من واحدة ثم يأتي بواحدة أخرى من جهة الاب في درجتها فتقول أم أم أم أب ثم تأتي بأخرى من جهة الجد فتقول أم أم أب الاب ثم تأتي بأخرى من جهة جد الاب فتقول أم أب الاب ولا يتصور أن يجتمع الوارثات في هذه الدرجة أكثر من ذلك لان لكل جد صحيح له أم وارثة وكذا أم أمه وان علت ولا يتصور ان يكون جدة وارثة من كل أب الا واحدة فيحتاج الى ان يأتي من الآباء قدرهن عددا الا واحدة وهي التي من جهة الام فانها تدلي بذكر والثانية تدلي بالاب فلهذا حذفت في النسبة الثانية أما واحدة وأبدلت مكانها أبا والجدة الثالثة تدلي بالجد فلهذا أسقطت اثنين وأبدلت مكانهما أبوين والرابعة تدلي بجد الاب ولهذا اسقطت أمهات وأبدلت مكانهن ثلاثة آباء فهذه طريقة في أكثر منهن الى ما لا يتناهى هذه معرفة الصحيحة واذا أردت ان تعرف ما يقابل الصحيحات من الفاسدات خذ عدد الصحيحات واجعله في يمينك واطرح منه اثنين واجعلها في يسارك تعدد ما بقي في يمينك فالمبلغ عدد الجدات الصحيحات والفاسدات جميعا فاذا أسقطت منه عدد الصحيحات فالباقيات هي الفاسدات مثاله اذا سئلت عن أربع جدات صحيحات كم بازائهن من الفاسدات خذ أربعة بيمينك واطرح منها اثنين خذها بيسارك فاذا ضعفت هذا المطروح بعدد ما بقي في يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات اجمع في هذه الجدة فاذا أسقطت عدد الصحيحات وهي أربع بقيت أربعة وهن الفاسدات وميراثهن السدس وان كثرن يشتركن فيه لما روى عبادة بن الصامت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين الجدتين اذا اجتمعتا السدس بالسوية وأبو بكر الصديق رضي الله عنه أشرك بين الجدتين في السدس وسيذكر ما يسقطن به وفي الظهيرية فاعلم انه لابد لكل واحد من بني آدم سوى عيسى عليه السلام ان يكون له جدتان أحدهما من قبل الام وهي أم الام والاخرى من قبل الاب وهي أم الاب يجب ان يعلم بان الجدات طبقتان طبقة هي من جملة أصحاب الفرائض يعرفون بالثابتات وطبقة وهي من جملة ذوي الارحام يعرفن بالساقطات فالحاصل اذا كان لميت أم الاب وأم الام والاخ فعند بعض المشايخ لا شيء لواحدة منهن لان أم الام تصير محجوبة بأم الاب وأم الاب تصير محجوبة بالاب وعند بعض المشايخ ترث الجدة من قبل الام وفريضة الواحدة منهن السدس بينهن بالسوية وهذا قول عامة الصحابة وفي المضمرات الجدة الواحدة والجدات فصاعدا السدس لا يزاد عليها الا عند الرد ولا ينقص الا عند العول والجدات ست ثنتان لك وثنتان لامك وثنتان لابيك والكل

وارثات الا الواحدة وهي أم أب قال رحمه الله ﴿وذات جهة كذات جهتين﴾ يعني الجدة اذا كانت من جهة واحدة والاخرى لها جهتان فهما سواء في الميراث قال في الاصل وان كانت للميت جدة من جهة واحدة وجدة من جهتين أو ثلاث جهات قال أبو يوسف لا عبرة لكثرة الجهات والسدس بينهن بالسوية وقال محمد لكثرة الجهات عبرة والسدس بينهن على عدد الجهات وصورتها من جهتين امرأة زوجت ابنة ابنها من ابن ابنتها فولد بينهما غلام فهذه المرأة لهذا الغلام جدة من جهتين فانها أم أم هذا الغلام وأم أب أب هذا الغلام فلو مات هذا الغلام وترك هذه الجدة وجدة أخرى من جهة الاب فهي أم أم أبيه فقال أبو يوسف السدس بينهما بالسوية وقال محمد السدس بينهما أثلاثا ثلثاه لذات الجهتين وثلثه لذات الجهة الواحدة وصورتها من الجهات الثلاثة هذه المرأة المزوجة لو زوجت بنت بنت لأخرى من هذا الغلام المولود فولد بينهما غلام فان هذه الزوجة لهذا الغلام المولود الثاني من ثلاث جهات من جهة هي أم أم أمه وهي من جهة هي أم أم أبيه ومن جهة أم أب أب أمه فلو مات هذا الغلام وترك هذه الجدة وجدة أخرى من قبل الاب وهي أم أم أب الاب فعلى قول أبي يوسف ان السدس بينهن بالسوية وعلى قول محمد على أربعة أسهم ثلاثة أسهم للجدة هذه وسهم واحد للجدة الأخرى قال رحمه الله ﴿والبعدى تحجب بالقربى﴾ سواء كانا من جهة واحدة أو من جهتين وسواء كانت القربى وارثة أو محجوبة بالاب أو بالجد وفي رواية عن ابن مسعود لا تحجب الجدات الا الأم وفي رواية عنه وعن زيد بن ثابت ان القربى اذا كانت من جهة الاب لا تحجب البعدى من جهة الام وبالعكس تحجب لان الجدات يرثن بولادة الابوين فوجب ان تعطى كل واحدة منهن حكم من تدلي به والاب لا يحجب الجدات من قبل الام فكذا أمه والام تحجب كل واحدة هي أبعد منها فكذا أمها ولنا ان الجدات يرثن باعتبار الولاد فوجب ان يقدم الادنى على البعدى كالاب الادنى مع الاب الابعد وليس كل حكم ثبت بواسطة يثبت لمن تدلي به ألا ترى ان أم الام لا يزيد ارثها على السدس وتحجب بالام والاب بخلاف ذلك قال رحمه الله ﴿والكل بالام﴾ أي يحجب الجدات كلهن بالام والمراد اذا كانت الام وارثة وعليه الاجماع والمعنى فيه ان الجدات انما يرثن بطريق الولادة والام أبلغ حالا منهن في ذلك فلا يرثن معها ولانها أصل في قرابة الجدة التي من قبلها الى الميت وتدلي بها فلا ترث مع وجودها لما عرف في باب الحجب فاذا حجبت التي من قبلها كانت أولى ان تحجب التي من قبل الاب لانها أضعف حالا منها ولهذا تؤخر في الحضانة فتحجب بها وكذا الابويات منهن يحجبن بالاب اذا كان وارثا روي عن عثمان وعلي والزبير وسعد وزيد ابن ثابت رضي الله عنهم وبه أخذ جمهور العلماء وروي عن عمر وابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي موسى الاشعري وأبي الطفيل عامر بن واثلة انهم جعلوا لها السدس مع الاب وبه أخذ طائفة من أهل العلم من التابعين لما روي انه عليه الصلاة والسلام ورث جدة وابنها حي ولانها ترث ميراث الام فلا يحجبها الاب كما لا يحجب الام وكما لا يحجب الجد ولانها ترث بطريق الفرض ولا تكون العصوبة حاجبة لها كما لا يحجبها عم الميت الذي هو ابنها قلنا ان أم الاب تدلي بالاب فلا ترث مع وجوده كبنت الابن مع الابن ولا حجة لهم في الحديث لانه حكاية حال فيحمل على ان ذلك الابن كان عم الميت لا أباه ولا نسلم انها ترث ميراث الام بل ميراث الاب لان له السدس فرضا فترث ذلك عند عدمه ولئن كان ميراث الام لا يلزم منه عدم الحجب بغيره ألا ترى أن بنات الابن يرثن ومع هذا يحجبن بالابوين وكذا الجد يحجب أبويه لما ذكرنا الا أم الاب فانها لا يحجبها وان علت لان ارثها ليس من قبله وكذا كل جدة لا تحجب الجدة التي ليست من قبلها فصارت الجدة لها حالتان السدس والسقوط قال رحمه الله ﴿وللزوج النصف ومع الولد وولد الابن وان سفل الربع﴾ لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن فيستحق كل زوج اما النصف واما الربع مما تركت المرأة لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد كقولهم ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص أو بالاجماع على ما بينا من قبل سواء كان من الزوج الوارث الولد أو ولد الولد أو من زوج غيره أولا يعرف له أب كولد اللعان وغيره فيكون له الربع معه فصار للزوج حالتان النصف والربع وفي شرح الطحاوي فرض الزوج ما ذكرنا ولا يزاد على النصف ولا ينقص من الربع الا في حالة العول قال محمد والواحد من الازواج والجماعة في استحقاقهم سهم الازواج على السواء حتى ان جماعة لو ادعوا نكاح امرأة ولم تكن المرأة في بيت واحد منهم ولا دخل بها واحد منهم لا يعرف انهم أول وأقام كل واحد منهم البينة على نكاحها فماتت المرأة قبل أن يقضي القاضي بميراث عبد زوج واحد ويكون بينهم بالسوية ذكره محمد المرأة في كتاب النكاح ووضعها في الرجلين قال رحمه الله ﴿وللزوجة الربع﴾



أي للزوجة نصف ما للزوج فيكون لها الربع حيث لا ولد ومع الولد أو ولد الابن وإن سفل الثمن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وإذا كثرن وقف المراجعة بينهن فيصرف عليهن جميعا على السواء لعدم الأولوية فصار للزوجات حالتان الربع بلا ولد والثمن مع الولد وفي شرح الطحاوي لا يردن على الربع ولا ينقص عن الثمن إلا في حالة العول هكذا حكم بيان أصحاب الفرائض من النساء الزوجات قال رحمه الله ﴿وللبنت النصف﴾ لقوله تعالى وإن كانت واحدة فلها النصف قال رحمه الله ﴿وللأكثر الثلثان﴾ وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ علماء الأمصار وعن ابن عباس أنه جعل حكم الاثنتين حكم الواحدة فجعل لهما النصف لقوله تعالى فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء وهو جمع وصرح بقوله فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك والمعلق بشرط لا يثبت بدونه ولأن الله تعالى جعل للبنت النصف مع الابن وهو يستحق النصف وحظ الذكر مثل حظ الأنثيين فعلم بذلك أن حظ البنتين النصف عند الانفراد وللجمهور ما روي عن جابر أنه قال جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيدا وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان إلا بمال فقال يقضي الله في ذلك فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عمهما فقال أعط ابنتي سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقي فهو لك وما تلي لا ينافي استحقاق البنتين الثلثين لأن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف في موضعه فعرفنا حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة ولأن الجمع قد يراد به التثنية لا سيما في الميراث على ما بيناه قبل فيكون المثنى مرادا بالآية وهو الظاهر ألا ترى أن الله تعالى لما بين حكم الجمع والمثنى جعل حكمهما كحكم الجمع في الأخوات لأب وأم أو لأب أو لأم في استحقاق الثلثين أو الثلث وقوله إن البنتين يستحقان النصف مع الابن قلنا استحقاقهما ذلك عند الاجتماع لا يدل على استحقاقهما إياه عند الانفراد والواحدة تأخذ الثلث مع الابن عند الانفراد قال رحمه الله ﴿وعصبهن الابن وله مثل حظهما﴾ معناه إذا اختلط البنون والبنات عصب البنون البنات فيكون للابن مثل حظهما فصار للبنات ثلاثة أحوال النصف للواحدة والثلثان للاثنتين فصاعدا والتعصيب عند الاختلاط بالذكور قال رحمه الله ﴿وولد الابن كولده عند عدمه﴾ أي عند عدم الابن حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنين وبنات الابن كالبنات حتى تكون للواحدة النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان ويعصبهن الذكر إذا اختلطن بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين قال رحمه الله ﴿ويحجب بالابن﴾ أي ولد الابن يحجب بالابن ذكورهم وإناثهم فيه سواء لأن الابن أقرب وهم عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة وكذا بالفرض لأن بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع الابن وإن كن لا يدلين به بأن كان عمهن فهو بمنزلة الصلبي فيحجبهن كما يحجب أولاده لأن ما ثبت لأحد المثلين ثبت لمساويه ضرورة قال رحمه الله ﴿ومع البنت لأقرب الذكور الباقي﴾ أي إذا كان مع بنت الميت الأصلية أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وإن سفل أو المجموع كان الباقي بعد فرض البنت الصلبية لأقرب الذكور منهم لأنه عصبة فيحجب الأبعد وأطلق في الذكور والمراد أولاد الابن وهذا المجموع إنما يستقيم إذا لم يكن في درجته بنت ابن وأما إذا كانت في درجته بنت ابن فلا يكون الباقي من فرض البنت له وحده اهـ قال رحمه الله ﴿وللإناث السدس تكملة للثلثين﴾ ومراده إذا لم يكن في درجتهن ابن ابن وأما إذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه ولا يرثن السدس وإنما كان لهن السدس عند انفرادهن لقول ابن مسعود في بنت وبنت ابن وأخت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة للثلثين والباقي للأخت فبنات الابن لهن حالان سهم وتعصيب إذا لم يكن للميت ابن ولا ابنان فصاعدا ولا ابن ابن وهي صاحبة سهم وسهم الواحدة النصف والثنتين فصاعدا فهن صاحبات الثلثين حيث لا ذكر في درجتهن ولا يردن على الثلثين وإن كثرن هذا قول الصحابة رضي الله عنهم وعامة الفقهاء وإن كان للبنت ابنان ورثتا لبنت الابن إلا أن يكون في درجتها أو أسفل منها ابن ابن فيصير عصبة له ويقسم ما بقي من المال بعد نصف الابنتين بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين فقوله تكملة الثلثين دليل على أنهن يدخلن في لفظ الأولاد لأن الله تعالى جعل للأولاد الإناث الثلثين فإذا أخذت الصلبية النصف بقي منه السدس فيعطى لهن تكملة لذلك فلولا أنهن دخلن في الأولاد وفرضهن واحد لما صار تكملة له إلا أن الصلبية أقرب إلى الميت فيتقدم عليهن بالنصف ودخولهن على أنه بعموم المجاز أو بالإجماع قال رحمه الله ﴿ويحجبن بنتين﴾ أي يحجب بنات الابن بنتين صلبيتين لأن إرثهن كان تكملة للثنتين وقد كمل بالثنتين فيسقط

إذ

إذ لا طريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا قال رحمه الله ﴿إلا أن يكون معهن أو أسفل منهن ذكر فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم وتسقط من دونه﴾ أراد بقوله معهن أن يكون الغلام في درجتهن سواء كان أخاهن أو لم يكن وهذا مذهب علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وبه أخذ عامة العلماء وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال تسقط بنات الابن ببنتي الصلب وإن كان معهن غلام ولا يقاسمهن وإن كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن أسوأ الحالين من السدس والمقاسمة فلهما أقل الأمرين وتسمى هذه المسائل الإضرار على قول ابن مسعود وحجته في ذلك أن بنات الابن في ميراثهن أحد أمرين إما الفرض أو المقاسمة وفرضهن الثلثان والمقاسمة ظاهرة وليس لهن أن يجمعن فإذا استكملت البنات الثلثين فلو قاسمن لزم الجمع بينهما وهو لا يجوز وإذا كانت الصلبية واحدة أخذت النصف وبقي من فرض البنات السدس فيأخذنه إن كن منفردات وإن كن مختلطات مع الذكور كان لهن أقل الأمرين من السدس والمقاسمة للتيقن به ولئلا تأخذ البنات أكثر من الثلثين ولا ميراث لهن مع الصلبيتين عند الانفراد فكذا عند الاجتماع كالعمة مع العم وابن الأخ مع أخته وللجمهور قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين وأولاد الابن أولاد على ما بينا من قبل فيتناولهم الآية وقضية هذا أن يكون المال مقسوما بين الكل إلا أنا عملنا في حق أولاد الابن بأول الآية وفي حق الصلبيتين أو الصلبية الواحدة بما بعدها وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولا شبهة وإنما هو عمل بمقتضى كل لفظ على حدة ومن حيث المعنى أن البنات الصلبيات ذوات فرض وبنات الابن في هذه الحالة عصبات مع أخيهن وصاحب الفرض إذا أخذ فرضه خرج من البين فكأنه لم يكن فصار الباقي من الفرض لجميع المال في حق العصبة فتشاركه ولا يخرجن من العصوبة كما لو انفرد ألا ترى أن صاحب الفرض لو كان غير البنات كالأبوين وأحد الزوجين كان كذلك فكذا مع البنات بخلاف العمة مع العم وبنات الأخ مع أخيها لأنهن لا يصرن عصبة معهم مطلقا سواء كان معهن صاحب فرض أو لم يكن ولا يلزم من انتفاء العصوبة في محل لا يقبلها انتفاؤها في محل يقبلها وأخذهن زيادة على الثلثين ليس بمحظور ألا ترى أنهن يأخذن بالمقاسمة عند كثرتهن ما نزل أو يعين بنتا ثم الأصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب أن أقربهن إلى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتي تليها في القرب منزلة بنات الابن وهكذا يفعل وإن سفلن مثاله ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض بهذه الصورة

ميت

ابن	ابن	ابن
ابن	ابن	ابن
بنت ابن	بنت ابن	ابن ابن
بنت ابن	بنت ابن	بنت ابن
	بنت ابن	بنت
		بنت ابن

فالعليا من الفريق الأول لا يوازيها أحد فيكون لها النصف والوسطى من الفريق الأول يوازيها العليا من الفريق الثاني فيكون لهما السدس تكملة للثلثين ولا شيء للسفليات إلا أن يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها ممن لم تكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى في الفريق الأول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث وسقطت السفليات ولو كان الغلام مع السفليات من الفريق الثاني عصبها وعصب الوسطى معه والوسطى والعليا من الفريق الثالث عصبا الجميع غير أصحاب الفرائض والمعنى ما ذكرنا أن العليا تنزل منزلة البنت والباقي منازل بنات الابن ولو كان الابن مع العليا من الفريق الأول عصب أخته وسقطت البواقي كما ذكرنا في الأولاد وهذا النوع منه من مسائل يسمى في عرف الفرضيين تشبيب بنات الابن إذ ذكرن مع اختلاف الدرجات وهو إما مشتق من قولهم تشبب فلان بفلانة إذا أكثر من ذكرها في شعره وتشبيب القصيدة تحسينها وترتيبها بذكر النساء أو من شبب النار إذا أوقدها والفرس تشب شبابا إذا رفع يديه جميعا وأشببته أنا إذا أهجته بذلك لأنه خروج وارتفاع يقال أشب البارز من درجة إلى أخرى كالفرس في نزاويه أي وثباته فصار لبنات الابن أحوال ست الثلاثة المذكورة في البنات والسدس مع الصلبية والسقوط بالابن وبالصلبيتين إلا أن يكون معهن غلام قال رحمه الله ﴿والأخوات لأب وأم كبنات الصلب عند عدمهن﴾ أي عند عدم البنات وبنات الابن حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين الثلثان ومع الإخوة لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين وقد ذكرنا أن للأخت لأب وأم حالين سهم وتعصيب إذا لم

يكن للميت ولد ولا ولد ابن وإن سفل ولا جد أب الأب وإن علا والأخوات لأب وأم سهم الواحدة النصف وسهم الاثنين فصاعدا
الثلثان ولا يزاد على الثلثين وإن كثرن فإن كان لهن جد أب الأب فالجد عند أبي حنيفة يحجب الأخوات كلها كالأب وعندهما
لا يحجب وإن كان الميت امرأة وابن أخ فلا شيء في هذه الحالة عصبة فأخذ النصف بنت الابن فرضها النصف فيصير عصبة مع البنت
ومع بنت الابن وكذلك إذا كان معها في درجتها أخ ذكر لأب وأم صار عصبة وفي الكافي ومع الأخ لأب وأم للذكر مثل حظ
الأنثيين الأخت لأب كبنات الابن مع الصلبية بالإجماع للواحدة النصف وللأكثر الثلثان عند عدم الأخوات لأب وأم ولهن السدس
مع الأخت لأب وأم تكملة للثلثين وهي الثاني مع البنات أو مع بنات الابن وفي الظهيرية والسبب في ميراث الإخوة والأخوات
رجل مات وترك ثلاثة إخوة متفرقين بأن مات وخلف أخوين لأب وأم وأربعة إخوة لأب وأربعة إخوة لأم فللإخوة لأم الثلث
والباقي للإخوة لأب وأم لا شيء للإخوة للأب ولو ترك أختين لأب وأم وأربع أخوات لأب وأربع إخوة وأربع أخوات لأم على
التخريج الذي بينا فيكون الثلثان بين الإخوة والأخوات لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين وإذا مات الرجل وترك أمه وأختا
لأب وأم فللأم سهم النصف والباقي للأخت من قبل الأب والأم بالعصوبة إذا ماتت المرأة وتركت زوجها وأختا لأب وأم فللزوج النصف
وللأخت النصف فإن تركته ولو كانتا أختين فلهما الثلثان وتعول الحساب ولا تكون لهما الباقي لأن الأخت لا تصير عصبة إلا في ثلاث
مواضع أحدها الأخوات مع البنات عصبات والثاني إذا اختلط الإناث بذكر صرن عصبة والثالث الأخ مع الأم والأب الجد حال عدم
الأب قال رحمه الله ﴿ولأب كبنات الابن مع الصلبيات﴾ حتى يكون للواحدة من الأخوات لأب النصف عند عدم الأخوات لأب
وأم وللاثنين الثلثان فصاعدا ومع الأخ لأب للذكر مثل حظ الأنثيين ومع الأخت الواحدة لأب وأم السدس تكملة للثلثين لها
ويسقطن بالأختين لأب وأم إلا أن يكون معهن أخ لأب فيعصبهن لما تلونا وبينا وما أتى فيهن خلاف ابن مسعود رضي الله عنه في
مقاسمة الإخوة عند فرض الأختين لأب وأم والكلام في الأخوات كالكلام في البنات والنص الوارد فيهن كالنص الوارد في البنات
فيستغنى عن النص فيهن بالبحث في البنات لأن طريق البحث فيهما واحد قال رحمه الله ﴿ويعصبهن أخوهن﴾ يعني يعصب
الأخوات لأب وأم ولأب أخوهن يعني المساوي لهن الأخ فإنه يعصبهن وكذا يعصبهن الجد عند عدم الأخ المساوي لهن فيقاسمها
الجد في كسبه العوامين ولا يعصب السفلة الأخ لأب أختها لأنها أقوى منه في النسب بل تأخذ فرضها ولا يعصب الأخت لأب
أخته بل يحجبها لأنه أقوى منها بالإجماع والدليل قوله تعالى وإن كانوا إخوة رجالا ونساء الآية قال رحمه الله ﴿والبنت وبنت
الابن﴾ يعني يعصب الأخوات البنت وبنت الابن لقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة وورث معاذ رضي
الله عنه البنت النصف والأخت النصف ورسول الله صلى الله عليه وسلم حي يومئذ وروي أنه صلى الله عليه وسلم قضى في ابنة وابنة ابن
وأخت للبنت النصف ولابنة الابن السدس والباقي للأخت وجعل المصنف البنت ممن يعصب الأخوات وهو مجاز في الحقيقة
لا يعصبهن إنما صرن عصبة معها لأن البنت سببها البنت تعصيبه في هذه الحالة فكيف يعصب غيرها بخلاف الإخوة على ما تقدم
عن قريب هذا قول جمهور الصحابة رضي الله عنهم وروي عن ابن عباس أنه أسقط الأخوات بالبنت واختلف الرواية عنه
في الأخ والأخوات في رواية جعل الباقي كله للإخوة وفي رواية الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين قيل هو الصحيح من مذهبه
وكذلك لو كان مع البنت أخت لأب وأم وأخ وأخت لأب في رواية الباقي للأخ وحده وفي رواية عنه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين
هو احتج بقوله تعالى إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك فإرثها مشروط بعدم الولد واسم الولد يشمل الذكر والأنثى
ألا ترى أن الله تعالى حجب الزوج من النصف إلى الربع والزوجة من الربع إلى الثمن بالولد والأم من الثلث إلى السدس واستوى فيه
الذكر والأنثى وللجمهور ما روينا واشتراط عدم الولد فيما إذا كان لإرثها النصف أو الثلثان بطريق الفرض ونحن نقول إنها لا ترث
مع البنت فرضا وإنما ترث على أنها عصبة ويحتمل أن يراد بالولد هنا الذكر وقد قامت الدلالة على ذلك وهو قوله وهو يرثها إن لم يكن لها
ولد يعني الابن فإنه يرثها إن لم يكن لها ولد ذكر لأن الأمة اجتمعت على أن الأخ يرث نصفها مع الأنثى من الأولاد ويقول اشتراط عدم
الولد إنما كان لإرث الأخ جميع المال وذلك يمنع بالولد وإن كان أنثى قال رحمه الله ﴿وللواحد من ولد الأم السدس ولما كثر الثلث
ذكورهم وإناثهم سواء﴾ لقوله تعالى وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا
أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث والمراد به أولاد الأم لأن أولاد الأم والأب مذكورون في آية الصيف على ما ذكرنا من قبل ولهذا

فراها

ورأها بعضهم ولهأح أوأخت لام واطلاق الشركة تقتضى المساواة كما اذا قال شريكى فلان فى هـذا المال أوقال له شركة لان الله تعالى سوى بينهما حالة الانفراد فدل ذلك على استوائهما حالة الاجتماع وفى المضمرات ولو ترك ابنى عم أحدهما أخ لام فله السدس والباقى بينهما وصورته ان يكونوا اخوة لام وأب أولاب فقط ولكل منهما امرأة وابن منهما ثم ان الاكبر طلق امرأته أومات عنها فتزوجها الأصغر وولدت له ابنين ثم مات الاصغر والاكبر ثم مات ابن الاكبر فقد مات عن ابنى عم أحدهما أخ لام فاصل المسئلة من ستة وتصح من اثنى عشر وللاخ من الام سبعة سهمان فرض وخمسة بالتعصيب قال رحمه الله ﴿وتحجب بالابن وابنه وان سفل وبالاب وبالجد﴾ أى الاخوات كلهن تحجبن بهؤلاء المذكورين وهم الابن وابن الابن وان سفل والاب والجد وان علا وكذا الاخوة تحجبون بهم لان ميراثهم مشروط بالكلالة واختلفوا فى الكلالة هل هى صفة للميت أوللورثة أوللتركة قرئ يورث بكسر الراء وفتحها وأياما كان يشترط لتسميته به عدم الوالد والولد للميت فيسقطون بهم والكلالة مشتقة من الاحاطة ومنه الاكليل لاحاطته بالرأس وكذا الكلالة من أحاط بالشخص من الاخوة والاخوات وقيل أصلها من الضعف يقال كلت الرحم بين فلان وفلان اذا تباعدت ويقال حمل فلان على فلان ثم كل عنه أى تركه وتعدعنه وغير قرابة الولاد بعيدة بالنسبة الى الولاد قال الفرزدق فى شعر

ورثتم قناة المجد لاعن كلالة * عن ابنى مناف عبد شمس وهاشم

قال رحمه الله ﴿والبنت تحجب ولد الام فقط﴾ يعنى البنت تحجب الاخوة والاخوات من الام ولا تحجب الاخوة والاخوات من الابوين أومن الأب لان شرط ارث ولد الام الكلالة ولا كلالة مع الولد والبنت ولد فتحجبهم وكذا بنت الابن لان ولد الابن يقوم مقامه فان قيل وجب ان لا يرث الاخوة والاخوات لاب وأم أولاب فقط مع البنت وبنت الابن لان شرط ارثهم الكلالة قلنا الكلالة شئ شرطت فى حق ارثهن النصف أوالثلثين ولا يرث الكل بالعصوبة فاذا انتفت الكلالة انتفى هذا الارث المشروط بها فيستحقون الارث المشروط بالعصوبة مع البنت بنص آخر كما سنذكره بخلاف أولاد الام فان جميع ارثهم مشروط بالكلالة فينتفى بعدمها فصار للاخوات لاب وأم خمس حالات النصف للواحدة والثلثان للاكثر والتعصيب باخيهن والتعصيب مع البنات والسقوط مع الابن وللاخوات للاب سبعة أحوال الخمسة المذكورة والسدس مع الاخت الواحدة من الاب والام والسقوط باثنين من الاخوات من الابوين كما تقدم وللاخوات للام ثلاثة أحوال السدس للواحدة والثلث للاكثر والسقوط كما ذكرنا قال رحمه الله ﴿وعصبة﴾ وهى معطوف على قوله فى أول الكتاب ذو فرض فيكون معطوفا على الخبر فيكون خبرا قال رحمه الله ﴿أى من يأخذ الكل اذا انفرد﴾ وما أبقته أصحاب الفروض وهذا رسم وليس بحد لانه لابد ان يعرف الورثة كلهم ولا يعرف العصبة الا بعد ان يعرفهم كلهم فنقول العصبة نوعان عصبة النسب وعصبة بالسبب فالعصبة بالنسب ثلاثة أنواع عصبة بنفسه وهو كل ذكر لا تدخل فى نسبته الى الميت انثى وعصبة بغيره وهى كل انثى فرضها النصف أو الثلثان يصرن عصبة باخواتهن كما تقدم وعصبة مع غيره وهى كل انثى تصير عصبة مع انثى أخرى كالبنات مع الاخوات والسبب نوعان مولى العتاقة ومولى الموالاة وسيأتى بيانه وفى المضمرات والعصبة أربعة أصناف عصبة بنفسه وهو جزء الميت وأصله وجزء أبيه وجزء جده الاقرب وعصبة بغيره وهى كل انثى تصير عصبة بذكر يوازيها كالبنت مع الابن وفى الذخيرة وبنت الابن مع ابن الابن وكالاخت لاب وأم مع الاخ لاب وأم وعصبة مع غيره وهى كل انثى تصير عصبة مع انثى أخرى كالاخوات لاب وأم أولاب مع البنات وبنات الابن واذا صار الشخص عصبة بغيره فذلك الغير لا يكون عصبة فاما الكلام فى العصبة بنفسها فنقول أولى العصبات بالميراث الابن ثم ابن الابن وان سفل ثم الاب وفى المضمرات وانما كان الابن أقرب من الاب وان استويا فى الجزئية وفى انعدام الواسطة لان الجزئية للابن آخرهما أوكان قاصيا على الاول ثم الجد أب الاب وان علا ثم الاخ لاب وأم ثم لاب وابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب ثم بنوهما وان علوا على هذا الترتيب ثم مولى العتاقة وفى شرح الطحاوى ثم عم الجد لاب وأم ثم عم الجد لاب وكذلك أولادهم على هذا الترتيب ثم مولى العتاقة ثم آخر العصوبة مقدم على ذوى الارحام وفى الكافى الاحق فرع الميت أى البنون ثم بنوهم وان سفلوا وفى المضمرات ولو أردت معرفة القرب فاعتبر كل نوع أصل واتصال الاخ باخيه بواسطة واحدة واتصال العمومة بواسطتين عرفنا ان ابن الاخ أقرب من العم وأما الكلام فى العصبة بغيرها فصورتها ما ذكرنا وهو كل انثى تصير عصبة بذكر كبنت الابن مع ابن الابن وكالاخت لاب وأم أولاب مع أخيها وهذا الحكم فى الاخوة مع الاخوات مقصور على أخوات من جملة أصحاب الفروض وتصير عصبة بذكر يوازيها وفى الكافى وأما العصبة بغيره فاربع من النسوة وهن اللاتى فرضهن النصف

واثنتان تصيران عصبة بأخواتهن ومن لا فرض لها من الاناث وأخوها عصبة لا تصير عصبة بأخيها كالعم والعمة فالمال كله للعم
دون العمة وكابن العم دون ابنته وكبنت الاخ وابن الاخ المال كله لابن الاخ بيانه اذا هلك الرجل وترك ابن أخ لاب وأم وبنت
أخ لاب وأم فالمال كله لابن الاخ لا شيء لبنت الاخ لانها من جملة ذوي الارحام وليست من جملة أصحاب الفرائض فلم تصر عصبة
وأما بنات الابن فهن يصرن عصبة بمن ذكر يوازيهن في الدرجة على كل حال يوازيهن ويصرن عصبة بمن كان أسفل منهن اذا لم يصل اليها
فرضها وأما الكلام في العصبة مع غيره فسيرد في ورثتها كما ذكره وبيان ذلك من المسائل اذا هلك الرجل وترك بنتا وأختا لاب وأم أو لاب
وأخا كذلك فللبنت النصف والباقي بين الاخ والأخت أثلاثا فقد قدمناه اذا اجتمعت العصبات وبعضها عصبة بنفسها وبعضها عصبة
بغيرها وبعضها عصبة مع غيرها فالترجيح منها بالقرب الى الميت بيانه اذا مات وترك بنتا وأختا لاب وأم وابن الأخ لاب فنصف المال
للبنت والنصف للاخت ولا شيء لابن الأخ لان الأخت عصبة مع البنت وهي الى الميت أقرب من ابن الاخ وكذلك اذا كان مكان
ابن الاخ عم فطريقه ما قلنا في الناسخ واذا استوى اثنان في درجة من العصبات وفي أحدهما قرابة زائدة فهي أولى الا أن تكون
الأخ أقرب الى الميت مثال القرابة الزائدة أخ لاب وأم وأخ لاب فالأخ من الأب والأم أولى ومثال السبق أخ لأب وابن أخ لأب وأم
فالاخ أولى لانه أسبق الى الميت واذا اجتمع عدد من العصبات فالمال بينهم على عدد رؤسهم لا على الجهات مثاله عشر ابن أخ وابن
أخ آخر فالمال بينهم على أحد عشر سهما لا على سهمين هذا الذي ذكرناه كله في العصبة من جهة النسب قال رحمه الله ﴿والاحق الابن
ثم ابنه وان سفل﴾ وغيرهم يحجبون بهم لقوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى أن قال سبحانه وتعالى
ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقدرا فتعين
الباقي له فدل ان الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن وان سفل كالابن على ما بينا لانه يقوم مقامه فيتقدم عليه أيضا
ومن حيث المعقول ان الانسان يؤثر ولده على والده ويختار صرف ماله له ولاجله يدخر ماله عادة الا أنا صرفنا مقدار الفرض الى
أصحاب الفروض بالنص فبقي الباقي على قضية الدليل وكان ينبغي أن يقدم البنت أيضا عليه وعلى كل عصبة الا أن الشارع أبطل
اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقي لاولى رجل قال رحمه الله ﴿ثم الاب ثم أب الاب وان علا﴾ أي ثم أولاهم بالعصوبة
أصول الميت وان علوا وأولاهم به الاب لان الله تعالى شرط الارث للاخوة بالكلالة وهو الذي لا ولد له ولا والد على ما بينا فعلم بذلك
انهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه اجماع الامة فاذا كان ذلك مع الاخوة وهم أقرب الناس اليه بعد فروعه وأصوله فما ظنك بمن
هو أبعد منه كأعمامهم وأعمام أبيه والجدات ألا ترى أنه يقوم مقامه في الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا في
الميراث وهو قول أبي بكر الصديق وابن عباس وعائشة وأبي موسى الاشعري وأبي الدرداء وأبي الطفيل وابن الزبير ومعاذ بن جبل
وجابر بن عبد الله وجماعة آخرين منهم رضي الله عنهم وبه أخذ أبو حنيفة قال رحمه الله ﴿ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ
لاب وأم ثم ابن الاخ لاب﴾ وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث في الكلالة للاخوة عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى
وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فعلم بذلك انهم يقدمون على الاعمام لانهم جزء الجد وانما قدم الاخ لاب وأم لانه أقوى سببا من الجانبين
فكان ذا قرابتين أولى من بني العلات وكذا الاخت لاب وأم تقدم اذا صارت عصبة على الاخت لاب لما ذكرنا وهذا يقدم في الفرض
فكذا في العصوبة قال رحمه الله ﴿ثم الاعمام ثم أعمام الاب ثم أعمام الجد على الترتيب﴾ أي أولاهم بالميراث بعد الاخوة أعمام الميت
لانهم بعد ذلك جزء الجد فكانوا أقرب وقد قال صلى الله عليه وسلم ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى رجل ثم أعمام الاب
لانهم أقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم أعمام الجد لانهم أقرب بعدهم وقوله على الترتيب أي على الترتيب الذي ذكرنا في الاخوة
وهو أن يقدم العم لاب وأم على العم ثم العم لاب على ولد العم لاب وأم وكذا يعمل في أعمام الاب يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء
في الدرجة وعند التفاوت في الدرجة يقدم الاعلى قال رحمه الله ﴿ثم المعتق﴾ لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب
وهو آخر العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أعتق عبدا ان مات ولم يدع وارثا كنت عصبته قال في التعصيب من جهة السبب
وهو نوعان مولى العتاقة ومولى الموالاة أما الكلام في مولى العتاقة فنقول تكلم المشايخ في سبب استحقاقه الارث قال بعضهم شبهه
الاعتاق والنص يشهد له قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وقال بعضهم شبهه الملك على المعتق وهو الصحيح ألا ترى
ان من ورث قريبه حتى عتق عليه كان ولاؤه له ولا اعتاق هنا وفي المضمرات لا يباع الولاء ولا يوهب لانه ليس بمال وفي الزيادات

ومن الناس من أجازه والصحيح ما قلنا ويكون لأقرب الناس عصبة من المعتق حتى لو مات مولى العتاقة وترك ابنه وبنته ثم مات المعتق فميراثه لابن المعتق ولا شيء لبنت المعتق وكذلك إذا مات مولى العتاقة وترك أبا وابنا ثم مات المعتق كان ميراثه لابن المعتق ولا شيء لأبيه لأن الابن أقرب العصبات إليه فالحاصل أن الولاء نفسه لا يورث بل هو للمعتق على حاله ألا ترى أن المعتق ينسب بالولاء إلى المعتق دون أولاده فيكون استحقاق الإرث بالولاء لمن هو منسوب إليه حقيقة ثم يخلفه فيه أقرب عصبة كما يخلف في ماله فينظر إلى موت المعتق إذ مولى العتاقة لو كان حيا في هذه الحالة ومات من يرثه من عصباته وهو أقرب الناس إليه فيرث ذلك الشخص من المعتق وفي الذخيرة وهذا الذي ذكرنا أن الولاء لا يورث ظاهر الرواية عن أصحابنا وعن أبي يوسف أنه يورث ويقسم بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الأنثيين وهكذا روي عن عبد الله بن مسعود في رواية وبه أخذ إبراهيم النخعي وشريح القاضي وإذا مات المعتق ولم يترك إلا بنت المعتق ولا شيء لها في ظاهر الرواية عن أصحابنا ويكون الميراث لبيت المال وحكي عن بعض مشايخنا أنهم كانوا يفتون في هذه المسألة أن يدفع المال إليها لا بطريق الإرث ولكن لأنها أقرب إلى الميت من بيت المال كيف وإنه ليس في زماننا بيت المال وإنما كان كذلك في زمن الصحابة وإذا دفع ذلك إلى سلطان الوقت أو القاضي لا يصرفون إلى مصرفه هكذا كان يفتي القاضي أبو بكر وصدر الشريعة وذكر الإمام عبد الواحد الشهيد في فرائضه أن الفاضل عن سهام الزوج والزوجة لا يوضع في بيت المال بل يدفع إليهما لأنهما أقرب إلى الميت من جهة السبب وكان الدفع إليهما أولى من غيرهما وكذلك الابن والابنة من الرضاع إذا لم يكن للميت غيرهما يدفع المال إليهما وعصبة المعتق ترث أما عصبة الوارث فلا ترث مثاله امرأة أعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنا وزوجا ثم مات المعتق فالميراث لابن المعتقة لأنه عصبتها ولو كان الابن مات وترك أباه وهو زوج المعتقة لا يرث لأن أب الابن ليس عصبة المعتقة وإذا أعتق الرجل عبدا ثم أعتق المعتق الثاني عبدا ثم مات المعتق الثالث وترك عصبة المعتق الأول لا غير يرث منه ولو أن امرأة اشترت أباها حتى أعتق عليها ثم مات الأب وترك هذه المشترية وبنتا أخرى فميراث المعتق أثلاثا وكان الثلثان بينهما على السوية بحكم الفرض والثلث الآخر للمشترية بحكم الولاء وكثير من هذا الفصل قدم في كتاب الولاء وأما الكلام في ولاء الموالاة فنقول تفسير ولاء الموالاة أن يسلم الرجل على يد رجل فيقول للذي أسلم على يديه أو لغيره واليتك على أني إن مت فميراثي لك وفي شرح الطحاوي إن مت ولم يكن لي وارث لا من جهة الفريضة ولا من جهة العصبة ولا من جهة ذوي الأرحام فميراثي لك وإن جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك وقبل الآخر فهذا هو تفسير ولاء الموالاة فإذا جنى الأسفل جناية فعقله على عاقلة المولى الأعلى وإذا مات الأسفل يرثه المولى الأعلى وإن مات لا يرثه المولى الأسفل ولا تثبت هذه الأحكام بمجرد الإسلام بدون عقد الموالاة وإذا مات الأسفل فميراث الأسفل لأقرب الناس عصبة إلى الأعلى كما في ولاء العتاقة ولكل واحد منهما أن ينقض عقد الموالاة وليس له أن يحول الولاء إلى غيره فإنه لو قال جعلت ولائي لفلان لا يصير له والأسفل له أن يتحول بالولاء إلى غيره فإن له أن يوالي مع آخر وينتقض العقد مع الأول إن والى مع غيره ينتقض الأول وإن كان الموالاة مع غيره بغيبة الأعلى وفي الذخيرة وولاء الموالاة يخالف ولاء العتاقة من وجوه أحدها أن في العتاقة يرث الأعلى من الأسفل ولا يرث الأسفل من الأعلى وإن شرط وإذا ذلك في ولاء الموالاة فيعتبر شرطهما حتى لو شرطا يرث كل واحد منهما كما شرطا والثاني أن ولاء الموالاة يحتمل النقض وولاء العتاقة لا يحتمل والثالث أن ولاء العتاقة مقدم على ذوي الأرحام ومولى الموالاة مؤخر عن ذوي الأرحام المولى الأسفل إذا أقر بأخ أو ابن عم ثم مات فميراثه لمولى الموالاة فقد صح منه عقد الموالاة ولم يصح منه الإقرار بالأخ وابن العم قال رحمه الله ﴿ثم عصبته على الترتيب﴾ أي عصبة المولى ومعناه إذا لم يكن للمعتق من النسب على الترتيب الذي ذكرناه فعصبته مولاه الذي أعتقه فإن لم يكن مولاه فعصبته عصبة المعتق وهو المولى على الترتيب الذي ذكرناه بأن يكون جزء المولى أولى وإن سفل ثم أصوله ثم جزء أبيه ثم جزء جده يقدمون لقوة القرابة عند الاستواء أو بعلو الدرجة عند التفاوت قال رحمه الله ﴿واللاتي فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبة بأخوتهن لا غير﴾ وهن أربع من النساء البنات وبنات الابن والأخوات لأب وأم والأخوات لأب وغيرهن لا يصرن عصبة بأخوتهن وقد بيناه في بيان ميراثهن وقوله بأخوتهن هذا في البنات والأخوات ظاهر لأن عصبتهن تقتصر عليهم وأما بنات الابن فإنهن يصرن عصبة بأبناء أعمامهن أيضا وإن سفل كما ذكرنا في مسائل النسب فيكون معناه في حقهن بأخوتهن أو من له حكم أخوتهن والمصنف ذكر حكم العصبات بنفسها واستوفاه إلا العصبة مع غيره وهن الأخوات مع البنات وإنما ترك ذكرهن لأنه ذكرهن

المقدم وقد شرحناه هناك فلا نعيده وإنما جعلهن مع البنات عصبة لغيرهن ومع أخواتهن عصبة لأن ذلك الغير وهو البنات شرط
ـيرورتهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لأن نفسهن ليس بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما إذا كن مع
ـوتهن لأن الإخوة بأنفسهن عصبة فيصرن به عصبة تبعا قال رحمه الله ﴿ومن يدلي بغيره حجب به﴾ أي بذلك الغير سوى ولد الأم
ـه يدلي بالأم ولا تحجبه بل هي تحجب بالاثنين منهم من الثلث إلى السدس على ما بينا وإنما لا تحجبه الأم لأنها لا تستحق جميع
ـركة ولا يرث هو إرثها لأنها ترث بالولادة وهو بالأخوة فلا يتصور الحجب فيه بخلاف الجد حيث يحجب الإخوة والأخوات كلهم
ـه يستحق جميع التركة وبخلاف الجدة حيث تحجب بالأم لأنها ترث ميراث الأم والأم به أولى منها لأنها أقرب وبخلاف الأب
ـث يحجب الجد والجدة والإخوة والأخوات كلهن لأنه يستحق جميع التركة وكذلك الابن يحجب ابنه لما ذكرنا ويكون الحاجب
ـب كالأعمام يحجبون بالإخوة وبأولادهم وكأولاد الأعمام والإخوة يحجبون بأعلى درجة منهم قال رحمه الله ﴿والمحجوب
ـجب كالأخوين أو الأختين يحجبان الأم من الثلث إلى السدس مع الأب﴾ وهما لا يرثان معه لأن إرث الإخوة مشروط بالكلالة
ـث الأم الثلث مشروط بعدم الاثنين من الإخوة وروي عن ابن عباس في أب وأم وثلاث أخوات للأم السدس وللأخوات
ـدس وما بقي للأب فجعل للإخوة ما نقص من نصيب الأم وبيان آية الكلالة يمنع من ذلك وأنه حجب الأم بهم أيضا لا توجب لهم
ـص من نصيبها ويحجبونها من غير أن يحصل لهم شيء قال رحمه الله ﴿لا المحروم بالرق والقتل مباشرة واختلاف الدين أو الدار﴾
لا يحجب المحروم بهذه الأشياء أحدا وعند ابن مسعود يحجب حجب النقصان كنقص نصيب الزوجين والأم بولد المحروم
ـما ذكرنا أن الله تعالى ذكر الولد مطلقا ونقص به نصيبهم من غير فصل بين أن يكون وارثا أو محروما وكذا نقص نصيب الأم بالإخوة
مطلقا من غير فصل فيترك على إطلاقه ولا يحجب حجب الحرمان لأنه لو حجب هذا الحجب وهو لا يرث لأدى إلى دفعه إلى بيت المال مع
وجود الوارث أو إلى تضييقه لأن بيت المال أيضا لا يرث مع الابن أو الإخوة وجه قول الجمهور أن المحروم في حق الإرث كالميت لأنه
حرم لمعنى في نفسه كالميت ثم إن الميت لا يحجب فكذا المحروم فصار كحجب الحرمان والنصوص التي توجب نقصان إرثهم لا نسلم أنها
مطلقة لأن الله تعالى ذكر الأولاد أولا وأثبت لهم ميراثا ثم ذكر بعد ذلك حجب النقصان بهم فينصرف إلى المذكورين أولا وهم
المتأهلون للإرث وهذا لأن المحروم اتصفت به صفة تسلب أهلية الإرث فالتحق بالمعدوم ولا كذلك المحجوب فإنه أهل في نفسه إلا أن
حاجبه عليه على إرثه لزيادة قربه فلا يبطل حقه في حق غيره وإنما ذكر سبب الحرمان بقوله لا المحروم بالرق الخ ليبين الأسباب
المانعة من الإرث فإن الرق يمنع الإرث لأن الرقيق لا يملك شيئا قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقال
صلى الله عليه وسلم لا يملك العبد إلا الطلاق ولا فرق في ذلك بين أن يكون قنا وهو الذي لم ينعقد له سبب الحرية أصلا وبين أن
ينعقد له سبب الحرية كالمدبر والمكاتب وأم الولد ومعتق البعض عند أبي حنيفة لأن المعنى يشمل الكل وهو عدم تصور الملك
لهم والمكاتب لا يملك الرقبة وهو عبد ما بقي عليه درهم على ما جاء في الخبر فلا يكون أهلا للإرث والقتل الذي يمنع الإرث هو
الذي يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو قصاص لا يوجب الحرمان لأن حرمة
الإرث عقوبة فتتعلق بما تتعلق به العقوبة وهو القصاص والكفارة والشافعي يعلقه بمطلق القتل حيث لا يرث عنده إذا قتله
بقصاص أو رجم أو كان الضريب قاضيا فحكم بذلك أو شاهدا فشهد به أو باغيا فقتله أو شهر عليه سيفا فقتله فكل ذلك يمنع
الإرث عنده وهذا لا معنى له لأن القاتل أوجب عليه قتله أو جاز له قتله في هذه الصورة فكيف وجب عليه العقوبة بعد ذلك
ولهذا لا يتعلق بهذا الفعل سائر العقوبات فكذا الحرمان والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام ليس للقاتل شيء من الميراث هو القتل
بالتعدي دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام ليس للقاتل ميراث بعد صاحب البقرة أي قاتل هو كصاحب البقرة وهو كان متعديا
واحترز بقوله مباشرة عن القتل بالسبب واختلاف الدين أيضا يمنع الإرث والمراد به الاختلاف بين الإسلام والكفر لقوله
صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وأما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبادة الوثن
فلا يمنع الإرث حتى يجري الميراث بين اليهودي والنصراني والمجوسي لأن الكفر كله ملة واحدة وقال عليه الصلاة والسلام الناس
كلهم حيز ونحن حيز واختلاف الدارين يمنع الإرث والمؤثر هو الاختلاف حكما حتى لا تعتبر الحقيقة بدونه حتى لا يجري الإرث
بين المستأمن والذمي في دارنا ولا في دار الحرب ويجري بين المستأمن وبين من هو في داره لأن المستأمن إذا دخل إلينا أو إليهم

من أهل داره حكما وإن كان في غيرها حقيقة والدار إنما تختلف باختلاف المنعة والملك كدار الإسلام ودار الحرب أو دارين مختلفين من دار الحرب لاختلاف ملكيهم لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهم والإرث يكون بالولاية قال رحمه الله ﴿والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم﴾ لأنه مختار مكلف فيملك بالأسباب الموضوعة للملك كالمسلم ولأنه بعقد الذمة التحق بالمسلم في المعاملة فيملك بالأسباب الموضوعة كالمسلم فيكون حكمه في ذلك كحكم المسلم قال رحمه الله ﴿ولو حجب أحدهما فبالحاجب﴾ يعني لو اجتمع في الكافر قرابتان لو تفرقتا في شخصين يحجب أحدهما الآخر يرث بالحاجب وإن لم يحجب يرث بالقرابتين كما إذا تزوج المجوسي أمه فولدت له ابنا فهذا الولد ابنها وابن ابنها فيرث منها إذا ماتت على أنه ابن ولا يرث على أنه ابن ابن لأن ابن الابن يحجب بالابن ولو ولدت بنتا مكان الولد ترث الثلثين النصف على أنها بنت والسدس على أنها بنت ابن ولو تزوج بنته فولدت له بنتا ترث من أبيها النصف على أنها بنت وترث الباقي على أنها عصبة لأنها أختها من أبيها وهي عصبة مع البنت وإن مات أبوها ترث النصف على أنها بنت ولا ترث على أنها بنت البنت لأنها من ذوي الأرحام فلا ترث مع وجود ذي سهم وعصبة وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وفي رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت أنه يرث بأثبت القرابتين أو آكدهما أي أقواهما وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله والصحيح الأول لأن فيه اعتبار السببين ولا يجوز إبطاله بغير مانع والمانع الحاجب ولم يوجد فيأخذ بالجهتين ألا ترى أن المسلم يرث بالجهتين إذا اتفق له ذلك بأن ماتت المرأة وتركت ابني عم أحدهما زوجها أو أخوها من أمها فإنه يأخذ بالفرض والعصوبة فكذا الكافر إذ هو لا يخالف المسلم في سبب الملك كالشراء وغيره بخلاف الأخ من الأب والأم حيث لا يرث إلا بالعصوبة ولا يرث بالفرض على أنه أخ من أم لأنه ليس فيه اختلاف الجهة لأنه يرث بالأخوة وهي جهة واحدة فلا يصلح الاستحقاق بهما إلا للترجيح فقط عند مزاحمة من هو دونه في القوة كالأخ لأب قال رحمه الله ﴿لا بنكاح محرم﴾ أي لا يرث الكافر بنكاح محرم كما إذا تزوج مجوسي بأمه أو غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح أما عندهما فظاهر لأن النكاح لا يصح وأما عند أبي حنيفة فلأنه وإن كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه إذا أسلما فكان كالفاسد وفي المضمرات اعلم بأن الكفار يتوارثون فيما بينهم بالأسباب التي يتوارث بها المسلمون من نسب أو سبب أو نكاح ولا خلاف أنهم لا يرثون بالأنكحة التي لا تصح بين المسلمين بحال نحو نكاح المحارم بنسب أو رضاع ونكاح المطلقة قبل التزوج بزوج آخر واختلفوا في التوريث بحكم النكاح في العدة والنكاح بغير شهود قال زفر لا يتوارثون وقال أبو حنيفة يتوارثون وقال أبو يوسف يتوارثون في النكاح بغير شهود ولا يتوارثون بالنكاح في العدة وهذا بناء على اختلافهم في تقريرهم على هذه الأنكحة إذا أسلموا وقد بينا ذلك في النكاح ولا خلاف بين أصحابنا أن الكافر الحربي لا يرث الذمي سواء كان الحربي مستأمنا في دارنا أو في دار الحرب وأهل الذمة يرث بعضهم بعضا وإن اختلفت صورة مللهم عند عامة الصحابة لأن الكفر كله ملة واحدة فجعلوا اليهود والنصارى ملة وكان أبو حنيفة وأصحابه يورثون أهل الحرب بعضهم من بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة وإن اختلفت الداران لم يورثوا وتفسير اختلاف الدارين أن يكونا ملكين في موضعين ويرى كل واحد قتل الآخر وإن اتفقت الملل وهذا بخلافنا فإن أهل العدل مع أهل البغي يتوارثون فيما بينهم لأن دار الإسلام دار الأحكام فباختلاف الملك والمنعة لا تتغير الدار فيما بين المسلمين لأن أحكام الإسلام تجمعهم وأما دار الحرب فليست بدار الأحكام بل هي دار قهر فباختلاف الملك تختلف الدار بينهم واختلاف الدارين يقطع التوارث وكذلك إذا خرجوا إلينا بأمان يعني أهل الدارين المختلفين بينهم من أهل الحرب وإن كانوا مستأمنين فيجعل كل واحد منهم في الحكم كأنه في المنعة التي خرج منها بأمان بخلاف ما إذا صاروا ذمة لأهل الإسلام يتوارثون فيما بينهم بعد ذلك كما لو أسلموا فإنه يجري التوارث بعد ما مات بينهم وإن اختلفت منعتهم في حالة الكفر جئنا إلى المسائل ذمي مات وخلف ورثة في دار الحرب فماله فيء سواء كانت الورثة في دار الحرب أو في دار الإسلام معاهدين ولو مات اليهودي وترك ابنا يهوديا في دار الإسلام يؤدي الجزية وابنا له في دار الحرب فالمال كله للابن اليهودي الذي يؤدي الجزية في دار الإسلام ولو مات يهودي من أهل الحرب وهو مستأمن في دار الإسلام وترك ابنا مستأمنا في دار الإسلام وابنا ذميا وابنا حربيا وابنا مسلما فالمال على قول أهل العراق بين الابن المعاهد والحربي لأن المعاهد بمنزلة الحربي عندهم فيرث منه الحربي ومن هو مثله وهو المعاهد ولو مات يهودي من أهل الذمة وخلف ابنا يهوديا وابنا نصرانيا فعلى قول من يورث أهل الذمة بعضهم من بعض وإن اختلفت صور مللهم المال بينهما نصفان وعلى قول من يقول بأن اليهود ملة والنصارى ملة

المال لابن اليهودي وأما ميراث المجوسي فيما بينهم مبني على أصول ثلاثة أحدها انهم لا يتوارثون بالانكحة الفاسدة فيما بينهم وانما يتوارثون بالانكحة الصحيحة والحاصل ان كل نكاح لو أسلما تركا على ذلك فهو نكاح صحيح ولو أسلما لم يتركا فهو نكاح فاسد والثاني ان النسب فيما بينهم يثبت بالانكحة الفاسدة ويتوارثون فيما بينهم بذلك النسب وان كانوا لا يتوارثون بذلك النكاح والثالث ان كل من يدلي الى الميت بسببين أو بقرابتين فانه يرث بجميع ذلك الا اذا كان أحد السببين يحجب الآخر فحينئذ يرث بالحاجب وقد بينا ان لو تزوج بأمه أو بابنته أو بأخته فمات احدهما لا يرث الآخر وهذا الجواب على أصل أبي يوسف ومحمد ظاهر لان نكاح المحارم فيما بينهم فاسد شرعا وان كانوا يدينون جوازه ولهذا لا اذا طلبت النفقة من القاضي فالقاضي لا يفرض النفقة واذا دخل بها سقط احصانه حتى لا يحد قاذفه لو قذفه انسان بعد ما أسلم ولو طلب احدهما التفريق فالقاضي يفرق وذلك لا يشكل على قول أبي حنيفة على ما هو مختار مشايخ العراق وان كان نكاح المحارم فاسدا عند أبي حنيفة فاستدلوا لذلك بفصل عدم حرمان الارث بينهما وانما يشكل على قول مشايخ ما وراء النهر فانهم يقولون بان نكاح المحارم فيما بينهم جائز على قول أبي حنيفة ويقولون لو لم يكن النكاح جائزا لما فرض لها النفقة ويستدلون أيضا بانه لو دخل بها بعد النكاح انه لا يسقط احصانه عنده والعذر لمشايخ العراق في فصل النفقة ان النفقة كما تجب بسبب النكاح فتجب بسبب الاحتباس فان لم يكن نكاح وان كان نكاحا فاسدا تؤخذ النفقة بسبب الاحتباس لا بسبب النكاح وبقاء الاحصان بعد الدخول لا يدل على صحة النكاح عند أبي حنيفة لا محالة ألا ترى ان من تزوج امرأة ودخل بها وكان نظر الى فرج أمها أو لمسها بشهوة ان احصانه لا يسقط وان كان نكاحا فاسدا عند أبي حنيفة والعذر لما يختار رحمهم الله عن فصل الارث فانه لا يجري الارث فيما بينهم وان كانوا يدينون جواز النكاح واعتبر دياناتهم في حق جواز النكاح في حق الارث فيما بين المحارم ان يقول ان دياناتهم انما تعتبر بجواز النكاح لان جواز نكاح المحارم قد كان في شريعة آدم عليه السلام وفي الذخيرة ثم فرقوا بين نكاح المحارم فيما بينهم وبين النسب الثابت في هذا النكاح فقالوا اذا تزوج المجوسي بمحارمه ثم مات أحدهما لا يرثه الباقي فاما اذا حدث بينهما ولد فانه يثبت النسب ويتوارثون بذلك النسب فيما بينهم تزوج مجوسي بابنة له فولدت منه ابنا وبنتا ثم مات المجوسي فقد مات عن ابن وبنت وزوجة فيقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين يورثون بالنسب ويسقط اعتبار النكاح لانه فاسد يثبت به النسب فيما بينهم ولا يتوارثون به فلهذا قال يسقط اعتبار النكاح ويرثون بالنسب ولو مات الابن بعد ذلك فقد مات عن أخت لاب وأم وعن أخت لاب هي أمه فللاخت لاب السدس بحكم الامومة والسدس بحكم الاختية والنصف للاخت لاب وأم والباقي للعصبة ان كانت والا فيرد عليهما على سهامهما ولو لم يمت الابن بعد موت المجوسي ولكن ماتت البنت التي هي زوجته فقد ماتت عن ابن هو أخوها لابيها وعن بنت هي أختها لابيها يرثون بالبنوة والبنتية فيقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولو لم تمت الابنة التي هي زوج المجوسي ولكن ماتت الابنة الاخرى فقد ماتت عن أخ لاب وأم وعن أخت لاب وأم وعن أخت لاب هي أمها فيكون للام السدس والباقي للاخ للاب وأم ويسقط اعتبار الاختية لان قرابة الاخت لاب ساقطة الاعتبار لقرابة الاخ لاب وأم وانما كان للام السدس في هذه الصورة لان للميت أخا وأختا والاخت من أهل الاستحقاق الا انها صارت محجوبة بهذا السبب العارض ولهذا سقط فرض الام عن الثلث الى السدس وفي الذخيرة مجوسي تزوج بأمه فولدت بنتا وابنا ثم ورثها وتزوج ابنته فولدت له ابنة ثم مات المجوسي فقط مات عن أم وابن وابنة بنت ابن فيكون للام السدس باعتبار الامومة والباقي بين الابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين ولا شيء لبنت الابن فان مات الابن بعد فانما مات عن جدة هي جدته أم أبيه وهي أمه وعن اخت لامه وأبيه فلا شيء للام بالزوجية ولا بكونها جدة لان الجدة لا ترث مع الام ولكن لها السدس بالامومة والابنة النصف بالبنتية ولا شيء لها بالاختية لام فان لم يمت الابن ولكن ماتت الابنة الكبرى فقد ماتت عن أم هي جدتها أم أبيها وعن أخ لاب وأم وعن ابنة هي أختها لامها فللام السدس بالامومة لان معها أخا لام وأختا وهما يردان الام من الثلث الى السدس وللابنة السدس بالاختية لام والباقي للاخ لاب وأم بالعصوبة فان كانت الابنة التي ماتت هي الصغرى فقد ماتت عن أم وعن جدتها لابيها وعن أبيها وعن عمة هي أختها لابيها وعن ابن هو أخوها لامها فللام السدس والباقي للاب لان الاخوة والاخوات لا يرثون مع الاب شيأ ولو لم تمت الابنة ولكن ماتت الام فانما ماتت عن ابن هو زوجها وهو ابنها وعن ابنة ابن هي أختها فلا شيء للابن بالزوجية ولكن المال بين الابن والانثى للذكر مثل حظ الانثيين ولا شيء للذكر باعتبار انه ابن ابن ولا للانثى باعتبار انها ابنة الابن مجوسي تزوج أمه

وولدت له ابنتين فتزوج ابنته فولدت له ابنة ثم مات المجوسي فقد مات عن أم هي زوجة وثلاث بنات احداهن زوجة وبنتان أختان
لام واحداهن ابنة ابن فلا شئ للزوجة منهن بالزوجية وللابنتين لام الاختية ولا للثالثة لكونها ابنة ابن ولكن الباقي للعصبة ان
كانت وان لم يكن فيرد على أم والبنات على مقدار حقهن فان ماتت احدها الابنة التي هي زوجته فقد ماتت عن ابنة هي أخت لاب
وأم فللابنة النصف والباقي للعصبة وان لم تمت هذه ولكن ماتت الابنة السفلى فان ماتت عن أمها وهي أختها لابيها وعن أخت لاب
أيضا فيكون للام السدس بالامية وللاختين الثلثان بالاختية والباقي للعصبة رجل مجوسي تزوج بابنته فولدت ابنتين فمات المجوسي
ثم ماتت احدى البنتين فانما ماتت عن أم هي أخت لاب وعن أخت لاب وأم أيضا فقد ذكر بعض المشايخ أن للام السدس بالآية
وللاخت لاب وأم النصف وللام السدس بالاختية والاول أصح وفي الظهيرية حكم الاسير كحكم سائر المسلمين في الميراث مالم يفارق
دينه فان فارق دينه فحكمه حكم المرتد ومسلم ونصراني استأجرا ظئرا واحدا لولديهما فكبرا ولا يعرف ولد النصراني من ولد المسلم
فالولدان مسلمان ترجيحا للاسلام ولكن لا يرثان من أبويهما لان المال لا يستحق بالشك وكذا لو كان للرجل ابن ولمملوكه ابن أيضا
فدفعاهما الى ظئر واحدة فكبرا ولم يعرف ابن المولى من الرقيق فالولدان حران ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ولا يرثان
شيأ قال الفقيه أبو الليث هذا اذا لم يصطلحا أما اذا اصطلحا وأبيهما اذا ماتا يأخذا الميراث فكذا الجواب في ولد المسلم مع ولد
النصراني وبه يفتى وفي المضمرات مات وترك أبوين وامرأتين أحدهما مسلمة والاخرى يهودية فللمرأة التي هي مسلمة الربع
وللام ثلث الباقي والباقي للاب واذا جاء الينا أهل الكفر في قسمة المال فيما بينهم على حكمنا دون حكمهم وان قدم
الحربي الينا بأمان فمات عن ماله الى وارثه في دار الحرب قال رحمه الله ﴿ويرث ولد الزنا واللعان من جهة الام فقط﴾ لان نسبه
من جهة الاب منقطع فلا يرث به ومن جهة الام ثابت فيرث به أمه وأخته من الام بالفرض لا غير وكذا ترثه أمه وأخته من أمه فرضا
لا غير ولا يتصور أن يرث هو أو يورث بالعصوبة الا بالولاء أو بالاولاد فيرثه من أعتقه أو أعتق أمه أو أولاده بالعصوبة وكذا هو يرث
معتقه أو معتق معتقه أو أولاده بذلك وقد تقدم قال رحمه الله ﴿ويوقف للحمل حظ ابن﴾ أي اذا ترك الميت امرأته حاملا وغيرها
ممن يرثه ولدها وقف للحمل نصيب ابن واحد وهذا قول أبي يوسف وعنه يوقف نصيب ابنين وهو قول محمد لان ولادة الاثنين
معتادة وعن أبي حنيفة أنه يوقف نصيب أربعة بنين أو أربع بنات أيهما أكثر لانه يتصور ولادة أربعة في بطن واحدة فيترك
نصيبهم احتياطا والفتوى على الاول لان ولادة الواحد هو الغالب والاكثر موهوم والحكم للغالب ويؤخذ من الورثة على
قوله كفيل لاحتمال أن يكون أكثر وهذا اذا كان في الورثة ولد وأما اذا لم يكن فيهم ولد ولا يختلف الميراث بينهم بكثرة الاولاد
وقلتهم وجهالة الاصل لا تختلف اما أن يكون الورثة كلهم أولاد الاولاد فان كانوا كلهم أولادا فيترك ما ذكرنا من القدر على الاختلاف
وان لم يكونوا كلهم أولادا فلا يخلو اما أن يكون فيهم أولاد أولاد فان كان فيهم أولاد أولاد يعطى كل وارث هو غير الولد فيهم نصيبه
ثم يقسم الباقي على الاولاد ويترك نصيب الحمل منه على الاختلاف الذي ذكرنا وان لم يكن في الورثة ذكر والحمل من الميت يعطى
كل وارث نصيبه على تقدير أن الحمل ذكر أو أنثى أيهما أقل وان كان على أحد التقديرين يرث دون الآخر فلا يعطى شيأ وكذا
اذا كان فيهم من لا يرث على تقدير ولادته حيا وعلى تقدير ولادته ميتا يرث فلا يعطى شيأ للاحتمال وان كان نصيبه على أحد
التقديرين أكثر يعطى الاقل للتيقن به ويوقف الباقي قال رحمه الله ﴿ويرث ان خرج أكثره فمات لا أقله﴾ أي الحمل
يرث ان خرج أكثره وهو حي ثم مات وان خرج أقله وهو حي فمات لا يرث لان انفصاله حيا من البطن شرط لارثه والأكثر
يقوم مقام الكل ثم ان خرج مستقيما فالمعتبر الصدر وان خرج منكوسا فالمعتبر السرة وقد بيناه من قبل وفي الأصل في ميراث
الجنين ذكر الصدر الشهيد في فرائضه أن الجنين يرث اذا كان موجودا في البطن عند موت المورث بان جاء لاقل من ستة أشهر
منذ مات المورث هكذا ذكر محمد المسئلة مطلقة وهذا التقدير في استحقاق الجنين من غير الاب أما من الاب فان جاء به لاقل
من سنتين من وقت الموت فانه يرث مالم تقر بانقضاء العدة نص عليه محمد في كتاب الفرائض فالاصل ان المعتدة اذا جاءت بالولد
لاقل من سنتين من وقت الطلاق فانه يثبت نسب الولد من الزوج اذا لم تقر بانقضاء العدة فاذا ثبت النسب من الميت يرث منه ضرورة
وان جاء لاكثر من سنتين لا يثبت النسب من الميت ولا يرث منه قال محمد في كتاب الفرائض أيضا وان عبد اتحته حرة ولدمنها
ابن وله ابن آخر من غيرها فمات ابن الحرة ولا يدري أنها حامل أم لا فجاءت بالولد لاقل من ستة أشهر منذ مات ابن العبد فانه يرث

ميراث أخيه لأن الوطء حال بالعلوق إلى ستة أشهر فقد مات أخوه وهو في البطن فيرثه وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لم يرثه لأن
الحبل من ستة أشهر فقد مات أخوه وهو لم يخلق بعد فلا يرثه فتبين بما ذكر محمد في الأصل أن ما ذكره الصدر الشهيد من التقرير
في استحقاق الجنين الإرث من غير الأب لا من الأب طريق معرفة انفصاله حيا أن استهل أو يسمع منه عطاس أو تنفس أو يتحرك
بعض أعضائه أو ما أشبه كل ذلك وإن انفصل ميتا لم يرثه لأنا شككنا في حياته وقت موت الأب لجواز أنه كان ميتا لم تنفخ فيه الروح
ولجواز أنه كان حيا فلا نورثه بالشك وفي الذخيرة ثم الجنين إذا خرج ميتا فإنه لا يرث إذا خرج بنفسه وأما إذا خرج حيا فهو من جملة
الورثة بيانه إذا ضرب إنسان بطنها فألقت جنينا ميتا فهذا الجنين من جملة الورثة وفيه روايات ابن المبارك قال الشيخ محمد أبو الفضل
إذا مات الرجل عن امرأة فادعت المرأة أنها حامل تعرض المرأة على امرأة ثقة أو امرأتين حتى تمسن جنبها فإن لم تقف على
شيء من علامات الحبل تقسم الميراث وإن وقفت على شيء من علاماته تربصوا حتى تلد ولا يقسم الميراث وإن كان رجل خلف امرأة
حاملا وابنا فولدت المرأة ابنا وبنتا فاستهل أحدهما ومات ولا ندري أيهما استهل فلو جعل المستهل ابنا فقد خلف المورث ابنين للمرأة
الثمن والباقي بينهما وتصح المسئلة من ستة عشر ومسئلته من ثلاثة لا تستقيم فتضرب ثلاثة في ستة عشر فتبلغ ثمانية وأربعين للمرأة
الثمن ستة ولكل ابن أحد وعشرون فمات المستهل عن أحد وعشرين سهما وخلف أما وأخا للأم الثلث سبعة أسهم والباقي وهو
أربعة عشر للأخ فقد حصل للأم ثلاثة عشر وللأخ خمسة وثلاثون وإن كان المستهل الأنثى للمرأة الثمن والباقي بين الابن والبنت
للذكر مثل حظ الأنثيين وتصح المسئلة من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة وللبنت سبعة وللابن أربعة عشر وماتت البنت عن سبعة
أسهم وخلفت أما وأخا ومسئلتهما من ثلاثة وسبعة على ثلاثة لا تستقيم فتضرب ثلاثة في أربعة وعشرين فتصير اثنين وسبعين للمرأة
الثمن تسعة وللابن اثنان وأربعون وللبنت احدى وعشرون فماتت البنت عن احدى وعشرين سهما وخلفت أما وأخا للأم الثلث
سبعة وللأخ أربعة عشر فقد حصل للأم ستة عشر وللأخ ستة وخمسون وستة عشر توافق الستة والخمسين بالثمن فيرد ذلك إلى ذلك
الثمن ويكون ثمن الستة عشر سهمان وثمن الستة والخمسين سبعة أسهم والسبعة توافق الثمانية والأربعين بالثلث فيضرب ثلث
أحدهما في جميع الآخر فيصير مائة وأربعين ثم تضاعف لأن هما حالين حال استهلال الابن وحال استهلال البنت فصار
مائتين وثمانين منها يخرج جميع المال وفي التتمة سئل عن صبي استهل في البطن وانفصل ميتا فقال لا يعتبر هذا الاستهلال وفي
الظهيرية ولو أن رجلين ليس بينهما قرابة تزوج كل واحد منهما أم الآخر وولدت كل واحد منهما غلاما فقرابة ما بينهما أن ابن المتزوج
بالأم خال ابن الذي تزوج الابنة وعمه وابن الذي تزوج الابنة ابن الأخت للذي تزوج الأم وابن أخيه فلا يرث واحد منهما من صاحبه
مع سائر العصبات لأن العم لأم وابن الأخ لأم من جملة ذوي الأرحام فلا يرثون مع أحد من العصبات ولو أن رجلا تزوج امرأة وزوج
ابنه امها فولد لكل واحد منهما غلام فقرابة ما بين الغلامين ابن الأب الذي تزوج الأم عم الابن الذي تزوج الابنة وخاله
وابن الابن ابن أخ ابن الأب وابن أخته فأيهما مات ورث صاحبه ههنا من قبل ابن العم عصبة وكذلك ابن الأخ لأب عصبة وإذا كان
كل واحد منهما عصبة صاحبه من أحد الوجهين كان وارثا له فإن تزوج الأب الابنة وزوج الابن الأم فولد لكل واحد منهما غلام
فقرابة ما بين الولدين أن ابن الأب عم ابن الابن وابن أخته وابن الابن خال ابن الأب وابن أخيه فأيهما مات ورثه الآخر بالعصوبة
نوع آخر في هذا الفصل رجل مات وترك ثلاث بنات فورثت احداهن ثلثي المال والأخرى ثلث المال والثالثة لم ترث شيئا كيف
كانت هذه قال انه كان في الأصل الأب رقيقا أعتقته احداهن فقتلته واحدة منهن فللمعتقة الثلث فرضا ولغير القاتلة الثلث فرضا
وللمعتقة الثلث تعصيبا رجل مات وترك أخا لأب وأم وأخا لأمه فورث المال أخو امه دون أخيه لأبيه وأمه كيف كانت هذه
قال بأنه كان في الأصل رجل تزوج أم امرأة أبيه فولدت له ولدا ثم مات المتزوج ثم مات أخوه بعد ذلك وترك خالا وعما وهذا المولود
في درجة ابن أخيه لأبيه وفي درجة خاله لأمه فالمال لابن الأخ فقد ورث المال الخال دون العم رجل دخل على مريض فقال له
أوص فقال لماذا أوصي فإن مالي يرثه عمتاك وخالتاك وجدتاك كيف كانت هذه قال كان هذا المريض تزوج جدتي الرجل أم أبيه
وأم أمه فولدت كل واحدة للمريض ابنتين فلما مات المريض ترك أربع بنات بنتان منهن خالتا الرجل وبنتان منهن عمتا الرجل
والمرأتان هما جدتا الرجل فللبنتات الثلثان وللمرأتين الثمن وما بقي يرد على البنات إن لم يكن له عصبة وسئل عن رجل ورث سبع
عشرة امرأة ماله بالسوية فأجاب بأن هذا الرجل مات عن جدتين وثلاث نسوة وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لأب وأم

والجدتين السدس سهمان والسوية الربع ثلاثة وللاخوات لام الثلث أربعة وللاخوات لام وأب الثلثان ثمانية فصار كل واحدة
سهم سئل عن امرأة ورثت أربعة أزواج واحدا بعد واحد فصار لها نصف جميع أموالهم والعصبة النصف فأجاب بأن هذه المرأة تزوجها
أربع اخوة وعصبهم وارث بعض وكان جميع أموالهم ثمانية عشر دينارا الا الواحد منهم ثمانية وللآخر ستة والثالث ثلاثة وللرابع
دينار تزوجها صاحب الثمانية ثم مات عنها ثم صار لصاحب الستة ثمانية ولصاحب الثلاثة خمسة ولصاحب الواحد ثلاثة ثم تزوجها
الثاني ومات عنها وترك ثمانية دنانير فصار لها ديناران بقي ستة بين أخوين لكل واحد منهما ثلاثة ثم تزوجها الثالث ومات عنها
وترك ثمانية دنانير فصار لها الربع ديناران ولأخيه ما بقي ستة فصار له اثنا عشر دينارا فصار لها الربع من ذلك ثلاثة دنانير فصار
جميع ما ورثت تسعة من الاول ديناران ومن الثاني ديناران ومن الثالث ديناران ومن الرابع ثلاثة وللعصبة تسعة دنانير سئل
عن رجلين ورث أحدهما ثلاثة أرباع المال وللآخر الربع فأجاب بأن الميتة بنت عمهما وأحدهما زوجها فللزوج النصف والباقي بينهما
نصفين فنصيب الزوج ثلاثة أرباع والآخر ربع سئل عن رجلين ورث أحدهما الثلثين والآخر الثلث قال الميت امرأة لها ابنا عم
أحدهما أخوها لام والآخر زوجها فيكون للزوج النصف وللأخ من الام السدس والباقي بينهما نصفان فنصيب الزوج الثلثان
ونصيب الآخر الثلث سئل عن ثلاثة اخوة ورث أحدهم الثلثين والآخران كل واحد سدس قال هذه المرأة لها ثلاثة بنو عم أحدهم
زوجها فيكون للزوج النصف والباقي بينهم أثلاثا فيكون لكل واحد سدس رجل ورثته ثلاث نسوة أثلاثا احداهن أم الاخرى
قال هذا الرجل تزوج بنت ابنته ابن له وولدت له بنتا ثم مات ابن الابن وبقي بنتا ابن أحدهما أم الاخرى ثم مات الرجل وله أخت
فصار للابنتين الثلثان وللاخت الثلث لانها عصبة مع البنات وفي الظهيرية في بيان ما يسئل عن المتشابهات وان سئل عن رجل
مات وترك ابن عم لاب وأم فورث المال ابن العم دون ابن أخيه كيف يكون قيل صورة هذا أخوان ولاحدهما ابن اشترى جارية
فجاءت بولد فادعياه جميعا كان ابنا لهما ثم مات الاخوان ثم مات ابن أحدهما بعد موتهما ولم يترك وارثا غير الابن الذي كان بين أبيه
وعمه وكان له ابن أخ لاب وأم فميراثه لاخيه لابيه وهو ابن عمه ويسقط ابن أخيه لابيه وأمه وان سئل عن رجل مات وترك ابن عم
لاب وأم وأخا لاب فورث المال ابن عمه دون أخيه لابيه كيف يكون هذا قيل هذا في الاصل اخوان ولاحدهما ابن فاشترى جارية
فجاءت بابن فادعياه جميعا كان ابنا لهما ثم أعتقاها فتزوجها أبو الابن فولدت له ابنا آخر مات الاخوان ومات الابن
الذي ولدته بعد النكاح وترك أخا لاب وأم وهو ابن عمه وأخا لاب فميراثه لابن عمه لانه أخوه لابيه وأمه وسئل عن رجل وأمه وخالته
ورثوا المال بينهم أثلاثا كيف يكون هذا فهذا رجل له بنتان زوج أحدهما ابن أخيه فولدت له ابنا ومات ابن الاخ ومات الرجل
بعد ذلك وترك بنتين وابن ابن أخ فللبنتين الثلثان وما بقي لابن ابن الاخ فصار لابن ابن الاخ الثلث ولامه ثلث المال ولخالته ثلث
المال وان سئل عن رجل مات وترك سبعة اخوة لامرأته فورثت امرأته المال وأخوتها المال بالسوية كيف يكون هذا قيل رجل
تزوج بأم امرأة أبيه فولدت له سبع بنين ثم مات الابن ومات أبوه بعد ذلك وترك امرأته وسبعة بني ابن فللمرأة الثمن سهم وما بقي
سبعة أسهم لكل واحد منهم سهم حكي ان امرأة جاءت الى أبي حنيفة وقالت ان أخي مات وترك ستمائة دينار فقسموا تركته
وأعطوني منها دينارا واحدا قال أبو حنيفة ومن قسمها قالت تلميذك داود الطائي فقال أبو حنيفة ذلك حقك قل أليس ترك
أخوك ابنتين وأما وزوجة واثني عشر أخا وأختا فقالت بلى قال للابنتين الثلثان أربعمائة دينار وللام السدس مائة دينار وللمرأة
الثمن خمسة وسبعون دينارا بقي خمسة وعشرون دينارا أسهما للذكر مثل حظ الانثيين لكل أخ ديناران وللاخت دينار واحد
مسئلة ولو سئلت عن رجل مات وترك دنانير وورثه فان كان الوارث ابنا كان له ألف دينار ولو كان مكان الابن ابن عم كان له
عشرة آلاف الجواب عن هذا اذا كان المال ثلاثين ألف دينار وان كان له ابن وثمانية وعشرون بنتا كان للابن ألفا
دينار ولو كان مكان الابن ابن عم كان للبنات الثلثان والباقي لابن العم وهو عشرة آلاف مسئلة ولو سئلت عن رجل
مات وترك أخوين لاب أحدهما لام وأختين لام أحدهما لاب كيف يقسم المال بينهم الجواب عن هذا رجل مات وترك
أخا وأختا لاب وأم وأخا لاب فيقسم المال بينهم للاخت من الام السدس والباقي بين الاخ والاخت لاب وأم ولا شئ للاخ
من الاب مسئلة ولو سئل عن رجل وابنه ورثاها بالسوية كيف ذلك الجواب هذه امرأة تزوجها ابن عم فولدت له ابنة ثم
ماتت المرأة وصار لابنها من ميراثها النصف والنصف الباقي لزوجها وهو ابن عمها مسئلة ولو سئل عن امرأة وجدتها أم الام

وورثنا مالا بالسوية الجواب عن هذا رجل زوج بنت أخته لابن أمه فولدت لهما بنتا فمات الزوج ثم مات الجد وترك بنتا بنت
ابنه وأخته وهي جدتها أم أمها فيسار لابنة ابن ابنه النصف وما بقي فللأخت قال رحمه الله ﴿ولا توارث بين الغرقى والحرقى إلا
إذا علم ترتيب الموت﴾ أي إذا مات جماعة في الغرق أو الحرق ولا يدري أيهم مات أولا جعلوا كأنهم ماتوا جميعا فيكون مال كل
واحد منهم لورثته ولا يرث بعضهم بعضا إلا إذا عرف ترتيب موتهم فيرث المتأخر من المتقدم وهو قول أبي بكر وعمر وزيد وإحدى
الروايتين عن علي رضي الله عنه وإنما كان كذلك لأن الإرث يبنى على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة الوارث
بعد موت المورث ولم يثبت ذلك ولا إرث بالشك وكذلك الحكم إذا ماتوا بهدم الجدار عليهم أو في المعركة ولا يدري أيهم مات أولا
وفي الأصل أخوان غرقا وخلف أحدهما بنتا وعشرين دينارا مثلا وخلف الآخر بنتا وعشرة دنانير فعلى قول عامة الصحابة وعامة
الفقهاء لبنت النصف من المال والنصف الباقي لابن العم ومتاركة الآخر لابنه أخوان معتقان غرقا وخلف أحدهما ابنا وبنتا وخلف
الآخر بنت ابن مولى فالذي خلف ابنا فإن ماله على قول العامة بين ابنه وبنته وبين ابن أخيه الذي غرق معه نصفان النصف لابنة
الابن والنصف لابن الأخ وجد وامرأة وابنها غرقا وخلفت المرأة زوجها وأب الابن وخلف الابن أباه وابنا فعلى قول العامة مال المرأة
يقسم بين زوجها وبين ابن ابنها فللزوج الربع والباقي لابن الابن ومال الابن يقسم بين ابنه وبين الأب فللأب السدس والباقي للابن
وعلى هذا القياس تخرج جنس هذه المسائل قال رحمه الله ﴿وذو رحم﴾ وهو معطوف على قوله ذو فرض في أول الكتاب
﴿وهو قريب ليس بذي سهم ولا عصبة﴾ أي ذو الرحم هو قريب ليس بوارث بفرض ولا بعصبة وهذا على اصطلاح أهل هذا
العلم وفي الحقيقة الوارث لا يخرج من أن يكون ذا رحم وهو ثلاثة أنواع قريب وهو ذو سهم وقريب هو عصبة وقريب ليس
بذي سهم ولا عصبة فقدمنا الكلام في الأولين وبقي في الثالث فنقول عندنا هم يرثون عند عدم النوعين الأولين وهو قول عامة
الصحابة رضي الله عنهم غير زيد بن ثابت فإنه قال لا ميراث لذوي الأرحام بل يوضع في بيت المال وبه أخذ مالك والشافعي لما روي
عن عطاء بن يسار أن رجلا من الأنصار جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله رجل هلك وترك عمته وخالته فسأل
النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ثلاث مرات ثم قال لا شيء لهما وفي بعض رواياته لا أرى ينزل علي شيء لا شيء لهما وروي أنه قال لا أجد لهما
شيئا وإذا لم ينزل عليه شيء لا يمكن إثباته بالرأي لأن المقادير لا يمكن إثباتها بالرأي ولنا ما روي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم
آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله فتوارثوا بذلك وعن المقداد
ابن معدي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث
له يعقل عنه ويرثه رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وحين مات ثابت بن الدحداح وكان غريبا لا يعرف من أين هو قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم أبو لبابة بن المنذر ابن أخته فأعطاه ميراثه وعن أمامة بن سهل أن رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث إلا خالا
فكتب في ذلك أبو عبيدة إلى عمر فكتب عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من
لا وارث له وقال الترمذي حديث حسن وقال الطحاوي هذه آثار متصلة قد تواترت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى هذا
كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روي عن عمر رضي الله عنه في عم لأم وخالة أعطى العم الثلثين والخالة الثلث ويحتمل أن يكون
هناك من هو أولى منهما أو كان ذلك قبل نزول الآية ويحتمل أن قوله عليه الصلاة والسلام لا شيء لهما أراد به الفرض أي لا فرض
لهما مقدر وبحن نقول به فإن قيل لا حجة لكم في الآية لأنها نزلت بنسخ التوارث بالإخاء ويحتمل أن يكون المراد بها العصبة وأصحاب
السهام وليس فيها دلالة على أن المراد بها غيرهم قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهي عامة فيعمل بعمومها على أن
كثيرا من أصحاب الشافعي منهم ابن سريج خالفوه وذهبوا إلى توريث ذوي الأرحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد
بيت المال وصرفه في غير المصارف قال رحمه الله ﴿ولا يرث مع ذي سهم وعصبة سوى أحد الزوجين لعدم الرد عليهما﴾ أي لا يرث
ذوو الأرحام مع وجود ذوي فرض أو عصبة إلا إذا كان صاحب الفرض أحد الزوجين فيرثون معه لعدم الرد عليه لأن العصبة أولى
وكذا الرد على ذي السهام أولى من ذوي الأرحام لأنهم أقرب إلا الزوجين فإنهما لا قرابة لهما مع الميت ولهذا لا يرد عليهما
ما فضل من فرضهما وعليه عامة الصحابة وكان عثمان بن عفان يرد على الزوجين أيضا وقد عرف في موضعه قال رحمه الله
﴿وترتيبهم كترتيب العصبات﴾ يعني ترتيب ذوي الأرحام في الإرث كترتيب العصبات يقدم فروع الميت كأولاد البنات وإن

سفلوا ثم أصوله كالاجداد الفاسدين والجدات الفاسدات وان علوا ثم فروع أبويه كأولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنى الاخوة لام وان نزلوا ثم فروع جديه وجدتيه كالعمات والاعمام لام والاخوال والخالات وان بعدوا فصاروا أربعة أصناف وروى أبو سليمان عن محمد بن الحسن عن أبي حنيفة ان أولاهم بالميراث الاصول والاول أصح لان الفرع أقرب كما في العصبات وفي المضمرات وهم عشرة أولاد البنات وأولاد الاخوات وبنات الاخ وبنت العم والخال والخالة وأب الام وعم الام والعمة وولد الاخ لام ومن أدلى بهم وفي العتابي وهم خمسة أصناف أولهم أولاد البنات والثاني الجد الفاسد والجدات والثالث أولاد الاخوات لاب وأم أولاب وأولاد بنات الابن وأولاد الاخوة والاخوات لام وبنات الاعمام وأولاد هؤلاء الاخوة كلهم والرابع الاعمام لام والاخوال والخالات والعمات وبنات الاعمام وأولاد هؤلاء والخامس عمات الآباء والامهات كلهم وأخوالهم وخالاتهم وأعمام الآباء لام وأعمام الامهات كلهم وأولاد هؤلاء فأولاهم بالميراث أولهم ثم ثانيهم ثم ثالثهم ثم رابعهم ثم خامسهم وفي رواية عن أبي حنيفة وعليه الفتوى وروى عن أبي حنيفة ان الجد الفاسد أولى بالميراث من أولاد البنات وأولاد بنات الابن وقال أبو يوسف ومحمد وأولاد الاخوات وبنات الاخوة أولى من الجد الفاسد أبي الام وكل واحد أولى من ولده وولد ولده وأولى من أبويه عندهما وفي الظهيرية وقد صح رجوع أبي حنيفة الى قولهما في تقديم أولاد البنات وعليه الفتوى والحكم فيهم انه اذا انفرد واحد منهم يستحق جميع المال وهذا لان ذوي الارحام يرثون على التعصيب من وجه لانهم يرثون بالقرابة من الميت وليس لهم سهم مقدر والعصبة من كل وجه ذكر يدلي بعصبة ذكر ولا يكون لهم سهم مقدر في حق ذوي الارحام اذا لم يوجد الذكورة والادلاء الى الميت بعصبة ذكر وجد المعنى الآخر وهو انه قريب ليس له سهم مقدر وكانوا عصبة من وجه فيعتبر بمن يرث بالتعصيب من كل وجه أن يستحق جميع المال اذا انفرد وكذا اخوانهم في الحاصل أصناف صنف ينتمي الى الميت وهو الساقط من ولد الولد وانما اعتبرنا الساقط لان ولد الولد على ضربين ثابت وهو من جملة أصحاب الفرائض وهو بنت الابن أو هو من جملة العصبات وهو ابن الابن وساقط هو داخل في جملة ذوي الارحام وهو ولد البنت ذكرا كان أو أنثى وصنف ينتمي اليه الميت كالجد الفاسد والجدة الفاسدة وصنف ينتمي الى أبوي الميت كبنات الاخوة لاب وأم أولاب وأولاد الاخوات كلها وصنف ينتمي الى جدي الميت كالاعمام لاب وأم أولاب وصنف ينتمي الى أبوي جدي الميت وهو أعمام الاب وعماته وأخواله وخالاته وأعمام الام كلهم وعماتها وأخوالها وخالاتها وأولادهم وفي الكافي وأجمعوا على ان ذوي الارحام لا يحجبون بالزوج والزوجة أي يرثون معهما فيعطى الزوج أو الزوجة نصيبه ثم يقسم الباقي بين ذوي الارحام كما تعرفه مثاله زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم فللزوج النصف والباقي لبنت البنت وأما الكلام في الصنف الاول فأولاهم بالميراث أقربهم الى الميت حتى كانت بنت البنت أولى من بنت بنت البنت فان استووا في القرب فمن كان ولد الوارث فهو أولى مثاله اذا ترك بنت بنت وبنت بنت ابن فالمال لبنت بنت الابن لانه ولد الوارث وكذلك اذا ترك ابن ابن بنت وبنت بنت ابن فالمال لبنت بنت الابن كذا ذكرنا وان كان أحدهما أقرب والآخر ولد الوارث لا يكون أولى وفي السراجية في أصح القولين حتى اذا ترك بنت بنت البنت وبنت بنت ابن كان بنت البنت أولى لكونها أقرب وان استووا في القرب وليس فيهم ولد الوارث فالمال يقسم بينهم بالسوية وان كانوا ذكورا كلهم أو اناثا كلهم وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين وهذا بلا خلاف اذا اتفق صفة الاصول في الذكورة والانوثة أعني بالاصول الآباء والامهات واتفق صفة أبدان الفروع في الذكورة والانوثة وان اختلفت صفة الاصول فعلى قول أبي يوسف يعتبر أبدان الفروع ويقسم المال بينهم بالسوية ان كانوا ذكورا كلهم أو اناثا كلهن وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين ثم ما أصاب كل بطن فهو لولده وكان أبو يوسف أولا يقول كما قال محمد ثم رجع عنه وقال كما ذكرنا قال شيخ الاسلام خواهرزاده وعامة مشايخنا يجعلون قول أبي حنيفة مع قول محمد وغيرهم من المشايخ قالوا عن أبي حنيفة في هذا روايتان بيان هذه المسائل اذا ترك بنت بنت وابن بنت فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وكذلك اذا ترك ابن ابن بنت وبنت بنت بنت فالمال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولو ترك بنت بنت بنت وبنت ابن بنت فعند أبي يوسف المال بينهما نصفان باعتبار الابدان وعند محمد رحمه الله يقسم بينهما أثلاثا ثلثاه لبنت ابن البنت وثلثه لبنت بنت البنت اعتبارا بأصولهما كأنه مات عن ابن بنت وبنت بنت وولدى ابن بنت وعلى قول أبي يوسف المال بينهم باعتبار الابدان على ستة لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم وعلى قول محمد يقسم باعتبار الآباء فيجعل كأنه ترك بنت بنت وابن بنت فيكون

ثلثا المال لابن البنت والثلث لبنت البنت ثم ما أصاب ابن البنت يقسم بين ولديه أثلاثا ثلثاه لابنه وثلثه لبنته وما أصاب بنت
البنت يقسم بين ولديها أثلاثا أيضا ثلثه لبنتها وثلثاه لابنها فتكون القسمة من تسعة وفي الكافي ولو ترك بنتي ابن البنت
وابن بنت بنت عند أبي يوسف ظاهر وعند محمد يقسم أخماسا خمس المال لابن بنت البنت وأربعة أخماسه لبنتي ابن البنت
كأنه مات عن ابني بنت وبنت بنت فما أصاب بنت البنت فلولدها وما أصاب الابن فلولده ولو ترك ابني بنت بنت وبنتي ابن
بنت وابني بنت ابن بنت فعند أبي يوسف المال بين الفروع أسباعا باعتبار أبدانهم وعند محمد يقسم المال في البطن الثاني
أسباعا باعتبار عدد الفروع في الأصول إذا أربعة أسباعه لبنتي بنت ابن البنت نصيب أحدهما وثلاثة أسباعه وهو نصيب البنتين
يقسم على ولديهما في البطن الثالث أيضا فنصفها لبنت ابن البنت نصيب أبيها والنصف الآخر لابني بنت بنت البنت نصيب أمها
وتصح من ثمانية وعشرين وقول محمد أشهر الروايتين عن أبي حنيفة في جميع ذوي الأرحام وعليه الفتوى وقال الإمام
الإسبيجابي في المبسوط قول أبي يوسف أصح لأنه أسهل ولو ترك ولدي بنت بنت وبنت ابن بنت فعلى قول أبي يوسف المال بينهم
باعتبار أبدانهم على أربعة أسهم سهم لبنت ابن البنت وثلاثة أسهم لولدي بنت البنت سهمان للابن وسهم للبنت وعلى قول محمد
القسم باعتبار الآباء يجعل كأنه مات عن ابن بنت وعن بنت بنت فيقسم المال بينهم أثلاثا ثلثاه لابن البنت وثلثه لبنت البنت
ثم ما أصاب ابن البنت يسلم لولده وما أصاب بنت البنت يقسم بين ولديها أثلاثا الثلثان للابن والثلث للبنت فيحتاج إلى حساب
ينقسم ثلثه أثلاثا وأقل ذلك تسعة وعلى هذا القياس يخرج جنس هذه المسائل ومشايخ بخارى أخذوا بقول أبي يوسف في جنس
هذه المسائل وبعد الصنف الأول على قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد أي الأصناف أولى قال أبو حنيفة الأجداد
والجدات أولى وقال أبو يوسف ومحمد أولاد الأخوات وبنات الإخوة أولى لأن أولاد الأخوات أولاد صاحبات فرض وبنات
الإخوة أولاد عصبة والجدات ليسوا أولاد صاحب فرض ولا أولاد عصبة ولا أولاد ذي سهم وأبو حنيفة يقول ذوو الأرحام يورثون على سبيل
التعصيب من وجه وفي العصبات من كل وجه والجدات يرثون لأن الأب مقدم على أولاده عنده حتى إن أولاد الإخوة لأب
وأم لا يرثون مع الأب عنده فكذا في ذوي الأرحام الجدات لأنهم في درجة أب الأب لأنه يتصل بالميت بتوجه كأب الأب يصير
مقدما على أولاد الإخوة فتصير هذه المسألة على قوله شرح تلك المسألة وأما الكلام في الأجداد الفاسدة والجدات الفاسدة
فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت فإن استووا في القرب فعلى قول أبي سهل الفرائضي وجماعة من المشايخ من يدلي إلى الميت
بوارث فهو أولى وفي المغرب أدلى بفلان توسل به وفي التنزيل يدلي إلى الميت أي يتصل وقال أبو سليمان الجرجاني من يدلي إلى الميت
بالوارث ليس بأولى بيانه إذا مات الرجل وترك أبا أم الأب وأب أب الأم لا يدلي إلى الميت بالوارث وبه كان يفتي القاضي الإمام
الشهيد عبد الواحد وعلى قول أبي سليمان ثلثا المال لأب أم الأب والثلث لأب أب الأم وكذا إذا ترك أب الأم فعلى قول أبي سهل
لا شيء لأب أب الأم والمال لأب أم الأم وعلى قول أبي سليمان المال بينهما نصفان لأن كل واحد منهما يدلي إلى الميت بالوارث وذكر
محمد في فرائض الأصل هذه الصورة وهو ما إذا ترك أب أم الأب وأم أم الأم وذكر أن المال يقسم بينهما أثلاثا ثلثاه لأب أم الأب
وثلثه لأب أم الأم قال القاضي الإمام عبد الواحد الشهيد هذا قياس قول محمد وعلى قول أبي يوسف ينبغي أن يكون بينهما نصفان
لأن أم الأم مع أب الأب إذا اجتمعتا استويا ألا ترى أن ابن الأخ لأم مع بنت الأخ لأم لا يفضل أحدهما على الآخر ولما كان لا يفضل
الأخ لأم على الأخت لأم كذا هاهنا ولو ترك أم أب الأم وأم أب الأب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين لأنهما يدليان إلى الميت
بقرابة الأم فيقسم عليهما باعتبار أبدانهما بالاختلاف كعمة لأم وعمها وخالة الأم وخالها على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله تعالى
فإن كان للأب الميت جدة من قبل الأب وأب أم أب أم كذلك يقسم المال بينهما أثلاثا ثلثاه للجدة من قبل الأب وثلثه للجدة من قبل
الأم ثم ما أصاب جدتي الأب يقسم بينهما أثلاثا ثلثاه للجدة من قبل الأب وثلثه للجدة من قبل الأم وهذه المسألة تدل على أن من يدلي
إلى الميت بالوارث ليس بأولى فإن أب أم الأب يدلي إلى الميت بالوارث ومع هذا لا يكون أولى وأما الكلام في أولاد الأخوات
وبنات الإخوة فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت وفي السراجية أولاد أولاد الأخوات لأب وأم المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين
فإن استووا في القرب فمن كان منهم ولد وارث فهو أولى عند بعض المشايخ ومثاله بنت بنت أخ وبنت ابن أخ وعند بعض المشايخ
بنت ابن الأخ أولى وإن استووا في القرب وكان أحدهما ولد عصبة والآخر ولد صاحب فرض فعلى قول أبي يوسف الآخر يقسم المال

بينهما

بينهما باعتبار الأبدان وعلى قول محمد يقسم المال بينهما باعتبار الآباء مثاله بنت أخ وابن أخت فعلى قول أبي يوسف الثلثان لابن
الأخ والثلث لابن الأخت لأنه كما لو ترك أخا وأختا وتوجيه قول محمد أن ميراث ذوي الأرحام يعتبر بالأصول عند اختلاف الفروع
ويعتبر بالأبدان عند اتفاق الأصول ألا ترى أنهم اتفقوا في بنت الخال وبنت العم أن لبنت العم الثلثين ولبنت الخال الثلث وكانت هذه القسمة
باعتبار أصولهما وهو الأب والأم ولو وقع في العمة والعم لأم أن المال بينهما باعتبار الأبدان أثلاثا لأن الأصل متفق وقالوا في أولاد ذوي
الأرحام عند اختلاف الأصول باعتبار الأصول وباعتبار الأبدان وأبو يوسف يقول بأن المستحق هؤلاء الأولاد دون الأصول ٧
فإذا اتحدت جهة الاستحقاق يجب اعتبار الأبدان لا اعتبار الأصول ألا ترى أنهم قالوا في أم الأم وأم الأب أن السدس بينهما نصفان
ولم يقل بأن أحدهما يدلي بقرابة الأب والآخر بقرابة الأم فيكون الثلث لقرابة الأم والثلثان لقرابة الأب لأن جهة الاستحقاق
قد اختلفت لأن العمومة والخؤولة اختلف فيها جهة الاستحقاق فإن استووا في القرب وليس فيهم ولد عصبة ولا ولد صاحب فرض
فالمال يقسم بينهم على السوية إذا كانوا ذكورا كلهم وإناثا كلهن وإن كانوا مختلطين وقد اتفق الأصول فللذكر مثل حظ
الأنثيين وإن اختلف الأصول فكذلك عند أبي يوسف اعتبارا بالأبدان الفروع وعند محمد إن يعتبر أول بطن مختلف على ما ذكرنا
في الصنف الأول وإن اجتمع أولاد الأخوات المتفرقات وبنات الإخوة فعند أبي يوسف من كان لأب وأم فهو أولى ممن كان لأم
وعند محمد يعتبر الأصول مثاله إذا هلك الرجل وترك بنت أخ لأب وأم وبنت أخ لأب وبنت أخ لأم فعند أبي يوسف المال كله لبنت
الأخ لأب وأم وعند محمد سدس المال لبنت الأخ لأم والباقي لبنت الأخ لأب وأم وإن اجتمع أولاد الإخوة والأخوات لأم فعند
أبي حنيفة لا يفضل الذكر على الأنثى كالأصول وعند أبي يوسف يفضل بخلاف الأصول حتى أنه لو ترك ولدي أخت لأم كانا ذكرين
أو كانا أنثيين أو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فالمال بينهما نصفان وكذلك إذا ترك ولدي الأخ لأم وولدي الأخت لأم فالمال بينهم
بالسوية أرباعا وفي السراجية بنات الإخوة وعند أبي يوسف من كانت لأب وأم فهي أولى ممن كانت لأب وهي أولى ممن كانت لأم
وقال محمد يعتبر الأصول وأما الكلام في الأعمام والعمات كلها والأخوال والخالات كلها يجب أن نعلم أن العمات أصناف ثلاثة عمة
لأب وأم وعمة لأب وعمة لأم والحكم فيهن أنه إذا كانت عمة لأب وأم وعمة لأم كان المال للعمة لأب وأم وفي شرح الطحاوي
ولو ترك عما وعمة فإن كانا لأب وأم أو عمة وعما لأب فالمال للعم لأنه عصبة ولا ميراث لأحد من ذوي الأرحام مع العصبة وكذلك لو كان
العم لأب وعمة لأب وأم أو لأب أو لأم فالمال كله للعم وإن كانا من جهة الأم فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وإن ترك عمة لأب وعمة لأم
كان المال كله للعمة لأب وإن ترك عما لأم وعمة لأم فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وكذلك إذا ترك بنت عم لأب وابن عمة
لأب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وكذلك إذا ترك بنت عم لأم وابنة عم لأب قال أبو يوسف المال بينهما يقسم باعتبار
الأبدان للذكر مثل حظ الأنثيين وفي الذخيرة وإن اجتمعت قرابة الأب والأم يقسم بينهما أثلاثا وفي شرح الطحاوي متى اجتمع في
الميراث ذوو الأرحام إلا أن بعضهم أولاد العصبة وبعضهم أولاد أصحاب الفروض وبعضهم أولاد ذوي الأرحام فإنه ينظر إن كانت درجتهم
مختلفة فالأقرب منهم أولى بالميراث وإن كانت درجتهم مستوية فأولاد ذوي الأرحام لا يرثون مع أولاد العصبة كأولاد أصحاب
الفروض وأولاد العصبة يرثون مع أولاد أصحاب الفرائض بيانه رجل مات وترك ابن عمة وابنة عم فالمال كله لابنة العم لأنها من أولاد
العصبة والأخرى من أولاد ذوي الأرحام ولو ترك بنت ابنة وابنة ابنة ابن فالمال كله لابنة ابنة الابن لأنها ولد صاحب فرض وأما الأخوال
والخالات فهم أيضا أصناف ثلاثة خال وخالة لأب وأم وخال وخالة لأب وخال وخالة لأم فالحكم فيهم أن الصنف الأول مقدم على الصنف
الثاني والصنف الثاني مقدم على الصنف الثالث حتى أنه إذا ترك خالا وخالة لأب وأم وخالا وخالة لأب وخالا وخالة لأم فالمال بين الخال
والخالة لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين ولا شيء للخال والخالة لأب ولا للخال والخالة لأم ولو ترك خالا وخالة لأم فالمال بينهما أثلاثا
وإن اجتمعت العمة مع الخالة أو مع الخال فالثلثان للعمة والثلث للخالة وإن اجتمع عمة لأب وخالة وعمة لأم فالثلثان لقرابة الأب
والثلث لقرابة الأم ثم ما أصاب فريق الأب يقسم على قرابته من قبل أبيه وبين قرابته من قبل أمه أثلاثا ثلثاه لقرابته من قبل أبيه
وثلثه لقرابته من قبل أمه وما أصاب قرابة أمه يقسم بين قرابته من قبل أبيه وثلثه لقرابته من قبل أمه أيضا أثلاثا ثلثاه لقرابته من قبل
أبيه وثلثه لقرابته من قبل أمه ٧ وذو القرابتين من إحدى الطائفتين لا يحجب ذا القرابة الواحدة من الطائفة الأخرى إلا رواية عن
أبي يوسف رواية ابن سماعة بيانه فيما إذا ترك عمة لأب وأم وخالة لأب وأم فالثلثان للعمة والثلث للخالة في ظاهر رواية أصحابنا وعن أبي

يوسف ان المال كله لعمة ولد بني محمد في ما عرف وانما اعطيناه واما اولاد هؤلاء فهم في حكم الميت وفي زمان استووا في القرب فمن كان
لاب وام اولى ممن كان لاب ومن كان لاب اولى ممن كان لام ومن كان يدلي الى الميت بقرابة الاب فهو اولى ممن يدلي بقرابة الام وان
اختلفت فعند ابي يوسف تعتبر الابدان وعند محمد تعتبر اول من اختلف ويقسم المال على نحو ما ذكرنا في اولاد بنات
عمة لاب وام وابن بنت عمة لاب وام فعلى قول ابي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وهذا بخلاف لان الاصول قد استوت
وان ترك بنت عمة لاب وام وبنت عمة لاب وبنت عمة لام وبنت العم لاب فالمال لبنت الخالة الخ والكلام
في اعمام الاب لام وعماته وخواته وخالاته واعمام الام كاعمامها وعماتها واخوالها وخالاتها فالحكم فيهم ما ذكرنا ... والمراد
انه يستحق جميع المال ... سواء من جانب الاب او من جانب الام ... منه من اخذنا المتقدمين واختلف
المشايخ فيه والصحيح ما روي عن الحسن بن زياد وابي سليمان الجرجاني ان الحكم فيهم كالحكم في اعمام الميت واخواله وخالاته
حتى انه اذا اجتمع اضعف ان تجعل الثلثان لقرابة الاب والثلث لقرابة الام ثم ما اصاب قرابة الاب ثم يقسم على حسب ما يقسم بينهم
لو انفردوا وفي الحجرة ... يفصل هذا الفصل

﴿فصل في بيان من له قرابتان من أولاد البنات﴾ اعلم انه اذا اجتمع في الواحد من أولاد البنات قرابتان وصورته أن
يكون لرجل ابنان لاحدهما ابنة وللآخر ابن فتزوج الابن الابنة فحدث بينهما بنت ثم مات الرجل الذي له ابنان
وترك هذه وهذه ابنة ابن رجل وهي بنت ابن ابنة لرجل وكان لها قرابتان ولذا ابنه ابن اخرى لها قرابة واحدة ... ذكر
شيخ الاسلام في شرحه ان على قول ابي يوسف القسمة على الابدان لا على الآباء ويجعلهما ... فيكون المال بينهما نصفين وعند
محمد يقسم على الآباء ويورث من جهتين باعتبار الآباء فيقال ان التي لها قرابة واحدة لها سهم لان اباها انثى والتي لها قرابتان
سهم من رجل لان اباها انثى وسهمان لان اباها ذكر فصار المال بينهما على اربعة سهمان سهم لها للاربعة وهو ما وصل اليها
من جهة ابيها الذكر ... والسهم الذي وصل اليها من جهة امها الانثى ضم الى ما في يد التي لها قرابة واحدة لانها انثى ثم ما
في الابوية ... بعد ما ترك ابنة ابنة ابن وهي ابنة ابن ابنه ... وترك ايضا بنت ابنة ابنه فاما عند ابي يوسف فالقسمة
على الابدان احدهما ذكر والاخرى انثى وهذا سواء في الدرجة فيكون المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين على لانه
... واما عند محمد يقسم المال على الآباء ثم على الابدان فيقال للذي له قرابة واحدة وهي بنت ابنة سهم لان اباها انثى وللذي له قرابتان
فهي لانه اسهم للذكر سهمان ... وهو ما وصل اليها من جهة ابيها الذكر وما وصل اليها من جهة امها الانثى وذلك سهم
لا يسلم لها بل يضم الى ما في يد الذي له قرابة واحدة وهو سهم فيقسم بينهم ما للذكر مثل حظ الانثيين على ثلاثة لا تستقيم قرابتهما
في عدد السهمين واختلاف ابدانهما وقسمة سهمين على ثلاثة لا تستقيم ولا موافقة بينهما في جزء فيضرب اصل الفريضة وذلك
اربعة في ثلاثة فصار اثني عشر سهما منها جميع المال ومنه تخرج المسألة فان الذي له قرابتان كان لها سهمان من اربعة ضربناها
في ثلاثة فصار لها ستة والذي لم يكن ... سهما ... سهمان ضربناهما في ثلاثة فصار ستة بينهما للذكر مثل حظ الانثيين
باعتبار الابدان للتي لها قرابتان ثلثها وذلك سهمان لانها انثى واربعة للذي له قرابة واحدة لانه ذكر فحصل للذي له قرابتان
ثمانية اسهم ... الذي ذكرنا اذا كانت التي لها قرابتان انثى والتي لها قرابة واحدة انثى اما عند ابي يوسف فالمال
بينهم اثلاثا باعتبار الابدان بينهما فللتي لها قرابتان سهمان لانه ذكر وللتي لها قرابة واحدة سهم لانها انثى واما عند محمد القسمة
باعتبار الآباء ثم باعتبار الابدان بينهما فيقال للذي له قرابتان ثلاثة اسهم سهمان لان اباه ذكر وسهم لان اباه انثى وللتي لها قرابة
واحدة سهم واحد لان اباها انثى فحصل للذي له قرابتان ثلاثة اسهم فما وصل الى ذي القرابتين من جهة ابيه الانثى وذلك سهم
يضم الى ما في يد الآخر ... فيكون بينهما باعتبار الابدان على ثلاثة للذكر مثل حظ الانثيين لاتفاق آبائهما واختلاف
ابدانهما وقسمة سهمين على ثلاثة لا تستقيم ولا توافق بينهما فيضرب اصل الفريضة وذلك اربعة في ثلاثة فيصير اثني عشر هذا
جميع المال ومنه تخرج المسألة فان ترك ابنة ابنة وهي ابنة ابن ابنه وترك ايضا ابنة ابنة ابنه ابن ابنة اخرى فعلى
قول ابي يوسف يقسم بينهم باعتبار الابدان على ثلاثة اسهم لان ابدانهم متفقة فكلهن اناث واما عند محمد القسمة على الآباء ثم
على الابدان فيقال لابنة البنت التي لها قرابة واحدة سهم لان اباها انثى ولابنة ابن البنت التي لها قرابة واحدة سهمان لان

أباها ذكر وأنثى فلهذه الابنة ثلاثة أسهم من جهتين سهم من جهة أن أباها أنثى وسهمان من جهة أن أباها ذكر فيكون المال
بينهم على ستة باعتبار الآباء ثم الأبدان ممن بقي قسمة أخرى باعتبار الأبدان هذه الجملة على هذا الترتيب أوردها شيخ الإسلام
في شرحه وذكر القاضي الإمام قول محمد رحمه الله على نحو ما ذكره شيخ الإسلام وقال الفرضيون من أهل ما وراء النهر اعتبرت
بالجهتين عند أبي يوسف قول القاضي الإمام وهذا هو الصحيح وهو اختيار القاضي الإمام من أنه على قول أبي يوسف يقسم المال
في المسألة الأولى من هذا الفصل بينهما أثلاثا ثلثا المال للتي لها قرابتان لأنها في معنى شخصين وعند محمد القسمة على الآباء فإن
كان مع التي لها قرابتان ابن بنت فعلى قول أبي يوسف رحمه الله على ما اختاره القاضي الإمام يقسم المال بينهما نصفان لأنه يعتبر
بالأبدان والتي لها قرابتان بمنزلة اثنين فيكون المال على أربعة للذكر مثل حظ الأنثيين لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم
وإن كان مع التي لها قرابتان ابنة ابنة أخرى وابن بنت فعند أبي يوسف القسمة على الأبدان فيكون المال بينهم أخماسا للتي لها
قرابتان سهمان وللابن سهمان وللابنة الأخرى سهم على الآباء وأما الكلام في أولادهم وأولاد العمات وأولاد أولاد الأخوال
والخالات فنقول أقربهم إلى الميت أولى فإن استووا في القرب فعند اتحاد الجهة من كان ذو قرابتين يكون أولى وإن اختلفت يقسم
المال عليهم على نحو ما ذكرنا بيانه من المسائل إذا ترك ابنة خالة وابنة ابن خالة فالميراث لابنة الخالة لأنها أقرب بدرجة وكذلك
إذا ترك ابنة عمة وابنة ابنة خالة فابنة العمة أولى وإن كانا من جهتين مختلفتين لأنها أقرب بدرجة وإن ترك بنات العم مع ابنة
خالة فلبنات العم الثلثان ولابنة الخالة الثلث وإن كان البعض ذا قرابتين فالكلام فيه على نحو ما ذكرنا من اتحاد الجهة واختلافها
بيانه فيما إذا ترك ثلاث بنات عمات متفرقات فالمال كله لابنة العمة لأب وأم وكذلك إذا ترك ثلاث بنات خالات متفرقات وإن
ترك ابنة خالة لأب وأم وابنة عمة لأب وأم فلابنة العم الثلثان ولابنة الخالة الثلث هذا لأن المساواة بينهما فيما به الاتصال بالميت
موجود حقيقة ولكن ذا القرابتين أقوى سببا فعند اتحاد الجهة يجعل الأقوى في معنى الأقرب وكذلك يقدم عند اختلاف
السبب والجهة ولأن توريث ذوي الأرحام باعتبار معنى العصوبة وقرابة الأب في ذلك مقدمة على قرابة الأم فيجعل قوة السبب
كزيادة القرب عند اتحاد الجهة وعند اختلاف الجهة يسقط اعتبار هذا المعنى فإن كان أحدهما ولد عصبة وولد صاحب فرض
فعند اتحاد الجهة يقدم ولد العصبة وولد صاحب الفرض وعند اختلاف الجهة لا يقدم ويعتبر المساواة في الاتصال بالميت وهي رواية
أبي عمران عن أبي يوسف أما في ظاهر الرواية يقدم ولد العصبة على ولد صاحب الفرض حتى أنه إذا ترك ابنة عم لأب وأم أو لأب
وابنة عمة فالمال كله لبنت العم وهذا بالاتفاق لأن الجهة هنا اتحدت ولو ترك ابنة عم وابنة خال وخالة فلابنة العم الثلثان
ولابنة الخال والخالة الثلث على رواية أبي يوسف ولا يقدم ابنة العم لكونها ولد عصبة لأن الجهة مختلفة هنا وفي ظاهر
الرواية المال كله لابنة العم فيقدم ولد العصبة مع اختلاف الجهة وهذا لأن ولد العصبة أقرب اتصالا بوارث الميت فكان
أقرب اتصالا بالميت فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن تكون العمة أحق بجميع المال من الخالة لأن العمة ولد العصبة وهو أب الأب
والخالة ليست بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض فإنها ولد أب الأم قلنا الخالة ولد أم الأم وهي صاحبة فرض من هذا الوجه تتحقق
المساواة بينهما في اتصال الوارث للميت إلا أن اتصال الخالة بوارث وهي أم فقط حتى ورثت الأم واتصال العمة بوارث وهو أب
فتستحق نصيب الأب وإن كان قوم هؤلاء من قوم الأم من بنات الأخوال والخالات وقوم من قبل الأم من بنات العمات والأعمام
فالمال مقسوم بين الفريقين أثلاثا سواء كان من جانب ذو قرابتين أو كان من أحد الجانبين ذو قرابتين ومن الجانب الآخر
ذو قرابة واحدة ثم ما أصاب كل فريق يرجح فيه من كان ذا قرابتين لأب على من قرابته لأم لأن نصيب كل فريق الاستحقاق
له بجهة واحدة وكل واحد منهم لو انفرد استحق جميع ذلك فعند الاجتماع يراعى قوة السبب بينهم في ذلك القرابة فإن استووا في
القرابة فالقسمة بينهم على الأبدان في قول أبي يوسف الآخر وفي قوله الأول وهو قول محمد القسمة على أول من يقع الخلاف به من
الآباء بيانه فيما إذا ترك ابن خالة وابنة خالة فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وهذا بالاتفاق لأن الآباء قد اتفقت وإن ترك
ابن عمة وابنة عم فإن كانت ابنة عم لأب وأم أو لأب فهي أولى لأنها ولد عصبة وابن العمة ليس بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض
وإن كانت بنت العم لأم فعلى قول أبي يوسف المال بينهما أثلاثا باعتبار الأبدان الثلثان لابن العمة والثلث لبنت العم وعلى قول محمد
الثلثان لبنت العم والثلث لابن العمة لأم فإذا كان ابن عمة لأب وأم فهو أولى بجميع المال لأنه ذو قرابتين وكذلك إذا كان

ابن عمة لاب لانه أدلاه بقرابة الاب وفي استحقاق معنى العصوبة يقدم قرابة الاب على قرابة الام فان ترك ثلاث بنات أخوال
متفرقات وثلاث بنات خالات متفرقات وثلاث بنات عمات متفرقات فالثلثان لبنات العمات ثم نشرح في ذلك ابن الخاله
لاب وأم وابنة الخالة لاب وأم فيكون المال بينهم أثلاثا في قول أبي يوسف الآخر على اعتبار الابدان لابن الخالة الثلثان ولابنة
الخالة الثلث وعلى قول محمد رحمه الله على عكس ذلك فان كان مع هؤلاء ثلاث بنات أعمام متفرقين فالمال كله لابنة العم لاب
وأم خاصة لان ابنة العم لاب وابنة العم لام سواء في ذلك لان كل واحدة منهما ليس بولد عصبة ولا ولد صاحب فرض وكما ترجح ابنة
العم لاب وأم على ابنة العمة لاب أو لام فكذلك يترجح على ابنة العمة لاب فلا يتغير هذا الاستحقاق بكثرة العدد من أحد
الجانبين وقلة العدد من الجانب الآخر لان الاستحقاق المدلى به وهو الاب والام وذلك لا يختلف بقلة العدد وكثرته وهو سؤال
أبي يوسف على محمد في أولاد البنات فان هناك لو كان المدلى به هو المعتبر لما اختلفت القسمة بكثرة العدد وقلته كما في هذا
الموضع لان الفرق بينهما لمحمد رحمه الله ان هناك تتعدد الفروع بتعدد المدلى به حكما وهنا لا يتعدد المدلى به حكما لانه انما يتعدد
الشيء حكما اذا تصور حقيقة ولا تثبت التعدد حكما بتعدد القرابات وأما الكلام في أولاد العمات وأولاد الخالات اذا ترك بنت
بنت عمة لاب وأم وابن بنت عمة لاب وأم فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين بلا خلاف لان الاصول قد اتفقت ترك ابنة عمة لاب
وأم وابنة خاله لاب وأم فلابنة العمة الثلثان ولبنت الخالة الثلث وهذا بلا خلاف وكذا اذا ترك بنت ابن عمة لاب وأم وابنة
ابنة خاله لاب وأم فلبنت ابن العمة الثلثان ولابنة ابن الخالة الثلث أما الكلام في أعمام الام وعماتها وأعمام الاب وعماته
وأخوال الام وخالاتها اذا ترك الميت خاله لام وارثه فانها خالتها وخالتها بمنزلة خاله وخالته فان ترك خاله الام وعمة الام فقد ذكر
أبو سليمان الجرجاني عن أصحابنا ان المال بينهما أثلاثا ثلثاه للعمة وثلثه للخالة وجعلهما على هذه الرواية بمنزلة خاله الميت وعمته
وذكر عيسى بن أبان ان المال كله للعمة وذكر يحيى بن آدم ان المال كله لخالة الام رحمه رواية أبي سليمان ان في توريث هذا
النوع المدلى به قائم مقام الميت فعمة الأم بمنزلة عمة الميت وكذلك خاله الام بمنزلة خاله الميت وفي عمة الميت وخالته القسمة بينهما
اثلاثا فكذا هذا وان ترك عم الاب وعمة الاب فالمال كله لعم الاب ولو ترك عم الاب وعمته وخال الاب وخالته فالمال كله له اذا
انفردا لاب وأم أو لاب لأنه عصبة وان كان لام فالمال بينهما أثلاثا على الابدان في قول أبي يوسف الآخر وعلى المدلى به في قوله
الاول وهو قول محمد رحمه الله وان كان هناك عمة الاب وخالته فعلى رواية أبي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين
كما بينا وعلى رواية عيسى بن أبان ويحيى بن آدم المال كله لعمة الاب لانها ولد العصبة وهو ولد أب الأب ولانها تدلى بقرابة
الاب وقرابة الاب في معنى العصوبة مقدم على قرابة الام وان اجتمع الفريقان يعني عمة الاب وخاله الاب وعمة الام وخاله
الأم فلقوم الاب الثلثان ولقوم الام الثلث ثم قسمه كل حزب بين كل فريق في هذا الفصل كما تقدم ولا يختلف الجواب بكون
أحدهما ذي قرابتين والآخر ذي قرابة واحدة في القسمة عند اختلاف الجهة لكن في نصيب كل فريق يترجح ذو القرابتين
والآخر ذو قرابة واحدة على نحو ما بينا في الفصل المتقدم وان اجتمع عم الاب وعمته وخاله الام وخالها فالمشهور من قول
أهل العراق ان نصيب الام وهو الثلث يقسم بين خالها وخالتها على ثلاثة للذكر مثل حظ الانثيين وان كانتا من أمه لان التسوية
بين أولاد الام اذا كانوا يتصلون بالميت وهم أخوة الميت وأخواته اذا كانوا لاب وأم اذا كانوا يتصلون بوارث الميت فلا
تسويه بل للذكر مثل حظ الانثيين في رواية الحسن بن زياد وأبي سليمان الجرجاني ونصيب الاب يقسم بين قرابته أثلاثا وهذا
ظاهر ولو اجتمع ثلاثة أخوال متفرقين أم وعم وعمة أب من أم فعلى الرواية المشهورة من أهل العراق وهم للوارثين من جهتين
تقدم من هؤلاء ولو ترك خالي أم وعمتي أم لاب فعلى الرواية المشهورة من أهل العراق الثلث لخالي الام والثلثان بين العمتين
ويجعل كأن الام ماتت وتركت أبوين فللام الثلث سهم من ثلاثة وللاب الثلثان سهمان من ثلاثة ثم ما أصاب الام فهو لمن يدلي بها وانه
لا يستقيم ولما أصاب الاب ينتقل الى من يدلي به وتصح المسئلة من ستة خال أم الاب وأم عمة أم الاب فعلى الرواية المشهورة عن أهل
العراق فيجعل كأن الام ماتت عن أبوين فتصير قسمتها من ثلاثة أسهم للام يصل الى أخيها وسهمان للاب تنتقل الى أخته فتصير
في الحاصل لخاله الام سهم وللاب عم أم الاب سهمان وان ترك ثلاثة أخوال لاب متفردين وثلاث عمات أب متفرقات وثلاثة خالات
أم متفرقات وعلى القول المشهور من أهل العراق يجعل كان الام ماتت وتركت أما كان المال لهم انها ماتت عن أبوين فقدر نصيبهما

من

من قرابة أبيه للأم فقال ذلك في أخته لأب وأم سواء أن للأم سهم من عمه لأب لأب وأم وبين [illegible] لأب لأب أم على ثلاثة فعمه
المال [illegible] وكان هذا الأب أسلافه وترك أبوين وإن شاء لأب وإن شاء من جهة [illegible] ومن جهة أمه فقد فت أمه ينتقل
إلى العم فإنه يكثر بالإرث [illegible] فإنه يتصرف [illegible] صحح المسألة وعلى هذا [illegible] يخرج هذه المسائل والكلام
في هؤلاء مرتبة الكلام في كالعم وأمهاتهم ويمكن عند انعدام الأصول فأما عند وجود أحد من الأصول فلا مزية للأولاد كما لا شيء لأحد
من أولاد العمات والخالات عنده بناء على [illegible] تصور في هذا الجنس [illegible] وارثان [illegible] في امرأة لها أخ لأم وأخت
لأب فتزوج أخوها لأمها أختها لأبيها وهي أخت لها لأب وأم وولدت لها أولاد ثم ماتت التي [illegible] المرأة [illegible] لأمه وعمة [illegible] لأم
ثم الحوادث في هذا الفصل على الاختلاف الذي بينا في ذوي القرابات في باب الإخوة وأولاد الإخوة قال رحمه الله تعالى
﴿والترجيح بقرب الدرجة﴾ يعني إذا [illegible] في العمومة قدم الأقرب على الأبعد في كل صنف منهم كما في العصبات قال رحمه الله
﴿ثم بكون الأصل وارثا﴾ أي إذا استووا في الدرجة فمن يدلي بوارث أولى من كل صنف لأن الوارث أقوى قرابة من غير الوارث
بدليل تقديمه عليه في استحقاق الإرث فكان من يدلي به أقوى ولقوته [illegible] في التقديم ألا ترى أن بني الأعيان يقدمون على
بني العلات في العصوبة لهذا المعنى قال رحمه الله ﴿وعند اختلاف جهة القرابة فلأب ضعف قرابة الأم﴾ أي إذا كان بعض
ذوي الأرحام من جهة الأب وبعضهم من جهة الأم كان لمن هو من جهة الأب الثلثان ولمن هو من جهة الأم الثلث لما روينا من قضية
عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولأن قرابة الآباء أقوى فيكون لها الثلثان والثلث لقرابة الأم وهذا لا يتصور في الفروع وإنما
يتصور في الأصول والعمات والخالات قال رحمه الله ﴿وإن استوى الأصول فالقسمة على الأبدان﴾ أي إن اتفقت صفة من يدلون به
في الذكورة والأنوثة ولم تختلف أبدانهم كانت القسمة على أبدانهم حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين والمراد بالأصول المدلى بهم
سواء كانوا أصولا لهم أو لم يكونوا قال رحمه الله ﴿وإلا فالعدد منهم والوصف من بطن اختلف﴾ أي إن لم تتفق صفة الأصول يعتبر
العدد من الفروع المدلين بهم والصفة من البطن المختلفة فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر عدد كل واحد من ذلك البطن بعدد
فروعه حتى يجعل الذكر الذي في ذلك البطن ذكورا بعدد فروعه والأنثى الواحدة إناثا بعدد فروعها ويعطى الفروع ميراث الأصول
وإذا كان فيهم بطون مختلفة يقسم المال على أول بطن اختلف على الصفة التي ذكرنا ثم يجعل الذكور طائفة والإناث طائفة بعد
القسمة فما أصاب الذكور يجمع ويقسم على أول بطن اختلف بعد ذلك وكذا ما أصاب الإناث وهكذا يعمل إلى أن ينتهي إلى الذين هم
أحياء وهذا قول محمد وعند أبي يوسف والحسن بن زياد يعتبر أبدان الفروع سواء اتفقت صفة الأصول في الذكورة والأنوثة
أو اختلفت ولو كان لبعضهم جهتان أو أكثر يعتبر الجهتان والجهات فيرث بكل جهة غير أن أبا يوسف يعتبرها في الفروع
ومحمد رحمه الله في الأصول بخلاف الجدة حيث لا ترث إلا بجهة واحدة عند أبي يوسف وذو الرحم يرث بالجهتين عنده في الصحيح
والفرق له على هذه الرواية أن الجدة تستحق الإرث باسم الجدة وذلك الاسم لا يتعدد بتعدد الجهة ووارث ذوي الأرحام بالقرابة فيتعدد
بتعددها وقول محمد أصح في ذوي الأرحام جميعا وهو أشهر الروايتين عن أبي حنيفة قال رحمه الله ﴿والفروض نصف وربع وثمن
وثلثان وثلث وسدس﴾ أي الفروض المقدرة في كتاب الله هذه الستة وهي نوعان على التنصيف إن بدأت بالأكثر والتضعيف
إن بدأت بالأقل فتقول النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما أو تقول الثمن وضعفه وضعف ضعفه والسدس
وضعفه وضعف ضعفه قال رحمه الله ﴿ومخارجها اثنان للنصف وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميها واثنا عشر وأربعة وعشرون
بالاختلاط﴾ أي مخارج هذه الفروض لا تخلو إما أن تجيء كل فريضة منها منفردة أو مختلطة بغيرها فإن جاءت منفردة فمخرج كل
فرض سميه وهو المخرج الذي شاركه في الحروف إلا النصف فإنه من اثنين وليس له سمي وذلك مثل الثمن من ثمانية والسدس
من ستة والثلث من ثلاثة والربع من أربعة وإن جاء مختلطا بغيره فلا يخلو إما أن يختلط كل نوع بنوعه أو أحد النوعين بالآخر
فإن اختلط كل نوع بنوعه فمخرج الأقل منه يكون مخرجا للكل لأن ما كان مخرجا لجزء يكون مخرجا لضعفه ولضعف ضعفه
كالثمانية مخرج الثمن أو الستة مخرج السدس وإن اختلط أحد النوعين بالنوع الآخر فمخرجهما من أقل عدد يجمعهما وإذا
أردت معرفة ذلك فانظر مخرج كل واحد من الفرضين على حدة ثم انظر هل بينهما موافقة أو لا فإن كان بينهما موافقة فاضرب
وفق أحدهما في جميع الآخر وإن لم يكن بينهما موافقة فاضرب أحدهما في جميع الآخر فالمبلغ مخرج الفرضين مثاله إذا اختلط
النصف الأول بكل من الثاني أو بعضه فهو من ستة لأن بين مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف فإذا ضربت وفق أحدهما

في جميع الآخر يبلغ ستة وإذا احتاجا الربع من الأول تكل اثنان أو ستة فهو من اثني عشر لأن مخرج الربع وهو الأربعة
موافق مخرج السدس وهو الستة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في جميع الآخر يبلغ اثني عشر ومنه مخرج الجواب وإن كان
الحاصل ثمنا وثلثا وثلثين فموافقة بينهما فاضرب ثلاثة في ثمانية يبلغ أربعة وعشرين فمنه مخرج الجواب فصارت جملة المخارج
سبعة ولا تجتمع أكثر من أربعة فروض في مسئلة واحدة ولا تجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف ولا ينكسر على
أكثر من أربع طوائف قال رحمه الله ﴿وتعول بزيادة﴾ أي تعول هذه المخارج بزيادة من أجزاء المخرج إذا اجتمع في
مخرج فروض كثيرة بحيث لا تكفي أجزاء المخرج لذلك فيحتاج إلى العول بزيادة من أجزاء المخرج فترتفع منه المسئلة والعول
الميل والجور يقال عال الحاكم في حكمه إذا مال وجار ومنه قوله تعالى ذلك أدنى أن لا تعولوا والمراد بالعول عول بعضها لأن كلها
لا تعول وإنما تعول ثلاثة منها الستة والاثنا عشر والأربعة والعشرون والأربعة الأخر لا تعول قال رحمه الله ﴿فستة تعول إلى عشرة
وترا وشفعا﴾ ويريد بالوتر السبعة والتسعة وبالشفع الثمانية والعشرة فمثال عولها إلى السبعة زوجة وأختان لأبوين أو لأب أو زوج
وأم وأخت لأب ومثال عولها إلى ثمانية زوج وأخت من أب وأختان من أم أو زوج وثلاث أخوات متفرقات أو زوج وأم وأختان
من أب ومثال عولها إلى تسعة زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم أو زوج وأختان من أب ومثال عولها إلى عشرة زوج وأختان
من أب وأختان من أم وأم قال رحمه الله ﴿واثنا عشر إلى سبعة عشر وترا﴾ أي اثنا عشر تعول إلى سبعة عشر وترا لا شفعا
والمراد بالوتر ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر فمثال عولها إلى ثلاثة عشر زوج وبنتان وأم أو زوجة وأختان لأبوين وأخت
لأم ومثال عولها إلى خمسة عشر زوج وبنتان وأبوان ومثال عولها إلى سبعة عشر أربع أخوات لأم وثمان أخوات لأبوين
وجدتان وثلاث زوجات قال رحمه الله ﴿وأربعة وعشرون إلى سبعة وعشرين﴾ أي أربعة وعشرون تعول إلى سبعة وعشرين
وما فيها إلا عولة واحدة وهي المنبرية وتسمى السعية وهي زوجة وبنتان وأبوان سميت بذلك لأن عليا رضي الله عنه سئل عنها وهو
على المنبر فقال بلا تأمل صار ثمنها تسعا ومضى في خطبته ولا تعول إلى أكثر من ذلك إلا عند ابن مسعود رضي الله عنه فإنها تعول عنده
إلى إحدى وثلاثين فيما إذا ترك امرأة وأختين لأم وأختين لأب وابنا كافرا أو رقيقا أو قاتلا لأن من أصله أن المحروم يحجب حجب
نقصان لا حجب الحرمان فيكون للمرأة الثمن عنده وللأم السدس وللأختين لأب الثلثان وللأختين لأم الثلث ومجموع ذلك
إحدى وثلاثون فإذا فرغنا من ذلك احتجنا إلى التصحيح ولا بد للتصحيح من معرفة أربعة أشياء التماثل والتداخل والتوافق
والتباين بين العددين ليتمكن من العمل في التصحيح فنقول إن كان أحد العددين مماثلا للآخر فهي المماثلة فيكتفى بضرب
أحدهما عن الآخر وإن لم يكن مماثلا له فإن كان الأقل جزء الأكثر فهي المتداخلة وإن لم يكن له جزء فإن توافقا في جزء فهي
الموافقة وإن لم يتوافقا في جزء فهي المباينة ولا يخلو عددان اجتمعا من أحد هذه الأحوال الأربعة لأنهما إما أن يتساويا أو لا فإن
تساويا فهي المماثلة وإما أن لا يتساويا فلا يخلو إما أن يكون الأقل جزء الأكثر فإن كان جزأه فهي المداخلة وإلا فهي المباينة وبيان
كل واحدة مذكور في المطولات وهذه الأربعة كلها جارية بين الرؤس والرؤس وكذا بين الرؤس والسهام إلا المتداخلة فإن العمل
فيها كالموافقة إذا كانت الرؤس أكثر وكالمماثلة إذا كانت السهام أكثر لأنها تنقسم عليهم كما تنقسم المماثلة وفائدة
التصحيح بيان كيفية العمل في القسمة بين المستحقين من أقل عدد يمكن على وجه يسلم الحاصل لكل من الكسر ولهذا سمي
تصحيحا قال رحمه الله ﴿فإن انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد في الفريضة إن وافق﴾ أي إذا انكسر نصيب طائفة من
الورثة ينظر بين رؤسهم وسهامهم فإن كان بينهما موافقة ضرب وفق عددهم في الفريضة وهي أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة
فالمبلغ تصحيح كجدة وأخت لأم وعشرين أختا لأب فأصلها من ستة وللجدة سهم وكذا الأخت لأم وللأخوات لأب أربعة لا تنقسم
عليهن وتوافق رؤسهن بالربع فاضرب ربع رؤسهن وهو خمسة في أصل المسئلة وهو ستة يبلغ ثلاثين منها تصح قال رحمه الله ﴿وإلا
فالعدد في الفريضة والمبلغ مخرجه﴾ أي إن لم توافق الرؤس السهام فاضرب عدد الرؤس في سهام الفريضة وهي أصل المسئلة وعولها إن
كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو التصحيح في المسئلتين أي في المباينة والموافقة وقد ذكرنا مثال الموافقة ومثال المباينة زوج وسبع
أخوات لأب أصلها من ستة وتعول إلى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللأخوات الثلثان أربعة ولا ينقسم عليهن ولا يوافق فاضرب رؤسهن
في الفريضة يبلغ تسعة وأربعين فمنها تصح قال رحمه الله ﴿وإن تعدد الكسر وتماثل ضرب واحد﴾ أي إذا انكسر على أكثر

من

من طائفة واحدة وتماثل أعداد رؤس المنكسر عليهم يضرب فريق واحد في أصل المسئلة وعولها إن كانت فما بلغ من الضرب فمنه تصحيح المسئلة مثاله ست أخوات لأب وأم وثلاث أخوات لأم وثلاث جدات أصلها من ستة وتعول إلى سبعة فللأخوات لأب وأم الثلثان أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤسهن إلى النصف ثلاثة وللأخوات لأم الثلث سهمان لا تنقسم عليهن ولا توافق وللجدات سهم لا ينقسم عليهن ولا يوافق فاجتمع معك ثلاثة أعداد متماثلة فاضرب واحدا منهم في الفريضة تبلغ إحدى وعشرين فمنها تصح ولو كان بعض الأعداد متماثلة دون البعض ضرب رؤس فريق واحد من المتماثلين في عدد رؤس الفريق المباين لهم أو في وفقه إن وافق فما بلغ ضربته في الفريضة فما بلغ صحت منه المسئلة مثاله لو كان عدد الأخوات خمسا في المثال المذكور والمسئلة بحالها ضربت ثلاثة ٧ في خمسة تبلغ خمسة عشر ثم اضرب خمسة عشر في الفريضة وهي سبعة تبلغ مائة وخمسة ومنها تصح ولو كان المباين أكثر من طائفة واحدة يضرب ما بلغ من الضرب الأول فيه أو في وفقه ثم ما بلغ في الفريضة فما بلغ تصح منه المسئلة مثاله أربع زوجات وخمس أخوات لأم وثلاث جدات وثلاث أخوات لأب أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر ولا ينقسم على الكل ولا يوافق وعدد الأخوات لأب يماثل الجدات فتكتفي بأحدهما فتضرب ثلاثة في أربعة تبلغ اثني عشر ثم في خمسة فتبلغ ستين ثم تضرب الستين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ ألفا وعشرين فمنها تصح المسئلة قال رحمه الله ﴿فإن توافق فالوفق وإلا فالعدد في العدد ثم وثم جميع المبلغ في الفريضة وعولها﴾ أي إذا توافق بين أعداد الرؤس فاضرب وفق أحدهما في جميع الآخر ثم اضرب ما بلغ في وفق الثالث إن وافق المبلغ الثالث وإن لم يوافق فاضرب كله فيه فما بلغ فاضربه في الفريضة فما بلغ تصح منه المسئلة ولو كان فريق رابع ضرب فيه ما بلغ من ضرب الرؤس في الرؤس إن لم يوافقه وإن وافقه ففي الوفق ثم ما بلغ في أصل المسئلة فما بلغ منه تصح المسئلة فمثال الموافقة أربع زوجات وثمانية عشر أختا لأم واثنا عشر جدة وخمسة عشر أختا لأب أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر فللزوجات الربع ثلاثة لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللأخوات لأم الثلث أربعة لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد رؤسهن إلى النصف تسعة وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤسهن إلى النصف ستة وللأخوات لأب الثلثان ثمانية لا ينقسم عليهن ولا يوافق فبين خمسة عشر والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر تبلغ ثلاثين ثم ما بين التسعين والأربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في جميع الآخر تبلغ مائة وثمانين ثم اضرب المائة والثمانين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ ثلاثة آلاف وستين فمنها تصح المسئلة ومثال المباينة خمس أخوات لأب وثلاث أخوات لأم وسبع جدات وأربع زوجات أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر فللأخوات للأب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق وللجدات السدس سهمان لا تنقسم عليهن ولا توافق والخمسة لا توافق فاضرب أحدهما في الأخرى تبلغ خمسة عشر وخمسة عشر لا توافق الأربعة فاضرب أحدهما في الأخرى تبلغ ستين والستين لا توافق السبعة فاضرب أحدهما في الأخرى تبلغ أربعمائة وعشرين ثم اضرب أربعمائة وعشرين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ سبعة آلاف ومائة وأربعين فمنها تصح وله طرق أخر مذكورة في المطولات قال رحمه الله ﴿وما فضل يرد على ذوي الفروض بقدر فروضهم إلا على الزوجين﴾ أي يرد ما فضل من فرض ذوي الفروض إذا لم يكن في الورثة عصبة ولو كان فيهم فالفاضل بعد الفروض للعصبة إلا على الزوجين فإنه لا يرد عليهما وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه الفاضل لبيت المال وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله وقال عثمان بن عفان يرد على الزوجين أيضا ولنا قوله تعالى وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وهو الميراث فيكون أولى من بيت المال ومن الزوجين إلا فيما ثبت لهم بالنص وكان ينبغي أن يكون ذلك لجميع ذوي الأرحام لاستوائهم في هذا الاسم إلا أن أصحاب الفرائض قدموا على غيرهم من ذوي الأرحام لقوة قرابتهم ألا ترى أنهم يتقدمون في الإرث فكانوا أحق به ومن حيث السنة ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على سعد يعوده فقال يا رسول الله إن لي مالا ولا يرثني إلا ابنتي الحديث ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم حصر الميراث على ابنته ولولا أن الحكم كذلك لأنكر عليه ولم يقره على الخطأ لا سيما في مواضع الحاجة إلى البيان وكذا روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إني تصدقت على أمي بجارية فماتت أمي وبقيت الجارية فقال وجب أجرك ورجعت إليك في الميراث فجعل الجارية راجعة إليها بحكم الميراث وهذا هو الرد ولأن أصحاب الفرائض ساووا الناس كلهم وترجحوا

بالقرابة فيرجحون بذلك على المسلمين ومسائل الباب أربعة أقسام ان يكونوا جنسا واحدا أو أكثر عند عدم من لا يرد عليه أو عند وجوده ولا يخرج مسائله عن هذه الأربعة على ما يجيء في أثناء البحث قال رحمه الله ﴿فإن كان من يرد عليه جنسا واحدا فالمسئلة من رؤسهم كبنتين أو أختين﴾ لأنهما لما استويا في الاستحقاق صارا كابنين وأخوين فيجعل المال بينهما نصفين وكذا الجدتان لما ذكرنا والمراد بالأختين ان تكونا من جنس واحد بأن يكون كلاهما لأم أو لأب أو لأبوين قال رحمه الله ﴿وإلا فمن سهامهم فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس وأربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس أو نصف وسدسان أو نصف وثلث﴾ أي ان لم يكن من يرد عليه جنسا واحدا بأن كانا جنسين تجعل المسئلة من سهامهم فتجعل من اثنين لو اجتمعا سدسان كجدة وأخت لأم أو من ثلاثة إذا اجتمع نصف وسدس كأم أو جدة مع من يستحق الثلثين من الإناث أو أختين لأب أو ثلاث أخوات متفرقات أو أم وأخت لأم وأخت لأب أو نصف وثلث لأم وأخت لأب أو أخوين لأم أو أخت لأبوين أو لأب ولا يتصور أن يجتمع في باب الرد أكثر من ثلاث طوائف فإذا جعلت المسئلة من سهامهم يحصل رد الفاضل عليهم بقدر سهامهم وهذان النوعان اللذان ذكرناهما أحدهما أن يكونوا جنسا واحدا والآخر أكثر من ذلك فيما إذا لم يختلط بهم من لا يرد عليهم وبقي النوعان الآخران وهما إذا اختلط بكل واحد من النوعين من لا يرد عليه قال رحمه الله ﴿ولو مع الأول من لا يرد عليه أعط فرضه من أقل مخارجه ثم اقسم الباقي على من يرد عليه كزوج وثلاث بنات﴾ أي لو كان مع الأول وهو ما إذا كانوا جنسا واحدا من لا يرد عليه وهو أحد الزوجين أعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخارج فرضه ثم اقسم الباقي على رؤس من يرد عليه ان استقام الباقي عليهم كزوج وثلاث بنات للزوج الربع فأعطه من أقل مخارجه الربع وهو أربعة فإذا أخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة أسهم فاستقام على رؤس البنات قال رحمه الله ﴿وإن لم يستقم فإن وافق رؤسهم﴾ كزوج وثلاث بنات أي لو كان مع الأول وهو ما إذا كان جنسا واحدا من يرد عليه ان استقام الباقي عليهن كزوج وثلاث بنات فاضرب وفق رؤسهم ﴿في مخرج فرض من لا يرد عليه وإلا فاضرب كل عدد رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه﴾ على عدد رؤس من يرد عليه ﴿كزوج وخمس بنات﴾ أي ان لم يستقم الباقي بعد فرض من لا يرد عليه على عدد رؤس من يرد عليه ينظر فإن كان بين الباقي من فرض من لا يرد عليه وبين رؤسهم موافقة ﴿فاضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه﴾ كزوج وست بنات فإن بينهما موافقة في الثلث فرد رؤسهن إلى اثنين ثم اضربه في أربعة وإن لم يوافق الباقي رؤسهم كزوج وخمس بنات فإنه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع رؤسهن وهو الخمسة في أربعة فالمبلغ في الوجهين تصحيح المسئلة فيصح في الأول من ثمانية وفي الوجه الثاني من عشرين لأنك في الأول ضربت اثنين في أربعة وفي الثاني خمسة في أربعة فيأخذ الزوج في الأول سهمين يبقى ستة فلكل واحدة من البنات سهم ويأخذ في الثانية خمسة فيقسم الباقي على خمسة يصيب كل واحدة منهن ثلاثة أسهم قال رحمه الله ﴿ولو مع الثاني من لا يرد عليه﴾ المراد بالثاني أن يكون طائفتان أو أكثر أي لو كان مع الطائفتين أو أكثر من لا يرد عليه قال رحمه الله ﴿فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه﴾ وهو سهامهم على ما بينا ﴿كزوجة وأربع جدات وست أخوات لأم﴾ للزوجة الربع فأعطها من أقل مخارجه وهو واحد من أربعة يبقى ثلاثة تقسم على ثلاثة لأن سهامهن ثلاثة قال رحمه الله ﴿وإن لم يستقم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات﴾ أي ان لم يستقم الباقي من فرض من لا يرد عليه على سهام من يرد عليه أي على مسئلتهم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه فما بلغ يخرج منه حق كل واحد من غير كسر وهذا الضرب لبيان مخرج فرض الفريقين من أقل عدد يمكن لا للتصحيح فسهام من يرد عليه فيما مثل به خمسة أربعة للبنات وواحدة للجدات وما بقي من فرض من لا يرد عليه سبعة وهو لا ينقسم على خمسة فاضرب الخمسة في الثمانية تبلغ أربعين فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحا فللزوجات الثمن خمسة والباقي لمن يرد عليه قال رحمه الله ﴿ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسئلة من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه﴾ وهذا لبيان طريقة معرفة سهام كل فريق من هذا المبلغ فإذا أردت معرفة سهام الزوجات في المثال الذي ضربته فاضرب سهمهن في خمسة فهو نصيبهن وإذا أردت معرفة نصيب البنات فاضرب سهامهن في خمسة وهو أربعة فيما بقي من فرض من لا يرد عليه وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين فهو لهن وللجدات سهم مضروب في سبعة بسبعة وأما ان كان الضرب على ما ذكرنا لأن الخمسة لما ضربت في الثمانية وجب أن يضرب سهام كل فريق من الثمانية في الخمسة

لزوجات واحد من الثمانية والباقي لمن يرد عليه وهو سبعة تضرب في الجملة فيبلغ خمسة ولا يتغير إصابة الخمسة المضروبة في أخمسه بالنسبة الى أصل مسئلة من يرد عليه لأن كل من له شئ من الثمانية مضروب في خمسة وكذا أخمسه مضروبة في نصيب كل واحد من الثمانية لأن نصيب كل ضرب في سبعة يكون كل واحد منهما مضروبا في مضروب مادته وهذه العبارة سواء سهام من يرد عليه وما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه لا تعتبر العمل فإذا عرفت فروض الفريقين بما ذكر تحتاج الى معرفة التصحيح وهذا بيانه قال رحمه الله ﴿وإذا انكسر فصحح كما مر﴾ أي إذا انكسر على البعض أو على الكل فصحح المسئلة بالطرق المذكورة في التصحيح لأن السهام إذا لم تنقسم على أربابها احتيج الى التصحيح وما ذكر في هذا الباب من الضرب لم يكن إلا لتخرج سهام كل فريق ممن يرد عليه وممن لا يرد عليه من عدد واحد كما ذكر من مخارج السهام في تصحيح المسئلة عليهم وقد ذكرنا طريق التصحيح وطريق معرفة سهام كل واحد من آحاد الفريق وكل عدد والمثال الأول الذي ذكره المصنف وهو زوجة وأربع جدات وست أخوات لأم وتصح من ثمانية وأربعين والمثال الثاني وهو أربع زوجات وتسع بنات وست جدات تصح من ألف وأربعمائة وأربعين قال رحمه الله ﴿وإن مات البعض قبل القسمة﴾ أي إذا مات بعض الورثة قبل القسمة ويسمى هذا النوع من المسائل مناسخة مفاعلة من النسخ وهو الإزالة يقال نسخت الشمس الظل أي أزالته ونسخت الكتاب وانتسخته لأنه إذا صار بعض الأنصباء ميراثا قبل القسمة للمائت من نقل العمل والتصحيح الى الفريضة الثانية قال رحمه الله ﴿فصحح مسئلة الميت الأول وأعط سهام كل وارث ثم صحح مسئلة الميت الثاني وانظر بين ما في يده من التصحيح الأول وهو نصيب الميت الأول وبين التصحيح الثاني ثلاثة أحوال﴾ أي التوافق والتباين والاستقامة ﴿فإن استقام ما في يده من التصحيح الأول فلا ضرب وصحتا من تصحيح مسئلة الميت الأول﴾ أي صحت الفريضتان فريضة الميت الأول والثاني مما صحت منه الأولى ﴿وإن لم يستقم فإن كان بينهما موافقة﴾ أي بين ما في يده وهو نصيبه من الأول وبين فريضته وهو التصحيح الثاني ﴿فاضرب وفق التصحيح الثاني في كل التصحيح الأول وإن كان بينهما مباينة﴾ أي بين ما في يده وفريضته وبين التصحيح الثاني ﴿فاضرب كل التصحيح الثاني في التصحيح الأول فالمبلغ مخرج المسئلتين﴾ أي ما بلغ من الضرب تصحيح الفريضتين فريضة الميت الأول وفريضة الميت الثاني ولا ينظر بين السهام والرؤس في الأحوال الثلاثة في تصحيح الفريضة فكذا بينهما حتى إذا انقسم ما في يده على فريضته لا حاجة الى الضرب كما إذا انقسم نصيب الفريق من أصل المسئلة على رؤسهم وإن لم ينقسم فإن وافق ضرب وفق فريضته وإن لم يوافق تضرب كل الفريضة أيضا في الفريضة الأولى كما في الرؤس فإذا عرفت ذلك تحتاج الى بيان طريق معرفة نصيب كل واحد من ورثة الأول والثاني بالطريق المذكور في التصحيح وقد بيناه في المختصر قال رحمه الله ﴿واضرب سهام ورثة الميت الأول في التصحيح الثاني أو في وفقه﴾ أي نصيبه ﴿وسهام ورثة الميت الثاني في مبلغ الثاني أو في وفقه﴾ في الفريضة الأولى فإن كان فيهم من يرث من الميتين ضربت ما من الأولى في الفريضة الثانية أو في وفقها المضروب في الأولى فنصيب كل واحد لا يكون مضروبا ضرورة فلذلك وجب ضربه فيه وكذا ينبغي أن تضرب نصيب الميت الثاني وهو الذي في يده في الثانية أو في وفقها لأنه من جملة ورثة الميت الأول إلا أن نصيبه لما صار ميراثا كان مستحقا لورثته وكان مقسوما بينهم فاستغني عن ذلك بضرب نصيب كل واحد من ورثته فيما في يده أو في وفق ما في يده وهو نظير ما ذكر في الرد أن سهام من لا يرد عليه تضرب في سهام من يرد عليه وسهام من يرد عليه تضرب فيما بقي من فروض من لا يرد عليه ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل المبلغ الثاني مقام الأول والثالث مقام الثاني في العمل ولو مات رابع فاجعل الثالث مقام الأول والرابع مقام الثالث وهكذا كل ما مات واحد قبل القسمة فيجعل مقام الثاني والمبلغ الذي قبله مقام الأول الى ما لا يتناهى هذا إذا مات إنسان وخلف ورثة غير من كان معه ميراث الميت الأول أو كانوا هم بعينهم ولكن جهة إرثهم من الميتين مختلفة وإن كانوا هم بعينهم ولم يختلف غيرهم من الورثة وجهة إرثهم من الميتين متحدة ألغيت جميع ما مات قبل القسمة وجعلت فريضة الميت الآخر كأنه لم يمت الأول ولم يكن وارث غيرهم وهذا النوع يسمى المناسخ الناقص قال رحمه الله ﴿ويعرف حظ كل فريق من التصحيح تضرب ما لكل من أصل المسئلة فيما ضربته في أصل المسئلة﴾ أي يعرف نصيب كل فريق من التصحيح تضرب نصيب كل فريق من أصل المسئلة في مبلغ الرؤس وهو المضروب في الفريضة فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق وقد بيناه من قبل في موضعه مثاله لو ترك زوجة وعشرين بنتا وأمّا فللزوجة ثلاثة ولكل من الأب والأم أربعة وللبنات ستة

ستة وعشرون لا تنقسم عليهن لكن بين سهامهن ورؤوسهن موافقة بالربع فضربت وفق رؤوسهن وهو خمسة في ستة
وستين تبلغ مائة وخمسة وثلاثين فهذه هي جزء السهم وهي وفق الرؤوس والزوجة لأنه مضروبة في خمسة وعشرين تبلغ ثمانين
فهذا تصير سهام كل فريق من التصحيح فيما صار في أصل المسألة وهو وفق الرؤوس قال رحمه الله ﴿وحظ كل فرد منه
سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم مفردا ثم تعامل بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد﴾ أي تعرف نصيب كل
واحد من أفراد الفريق بأن تنسب سهام جميع الفريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوس ذلك الفريق فما وجد نسبته أعطي لكل
واحد من آحاد ذلك الفريق بمثل تلك النسبة من المضروب فيخرج نصيب كل واحد منهم ومعنى قوله مفردا أي تنسب إلى فريق
واحد من غير ضم فريق آخر بسبب النسبة وهذه المسألة والتي قبلها وضعهما باب التصحيح وقد ذكرناهما هناك وطريقة آخر
فلا نعيدها قال رحمه الله ﴿وإن أردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء فاضرب سهام كل فريق وارث من التصحيح في كل التركة
ثم اقسم المبلغ على التصحيح وكذا الدين﴾ بأن تضرب دين كل غريم في التركة وتقسم الخارج على مجموع الدين وهذا إذا لم يكن
بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقة وإن كان بينهما موافقة فاضرب نصيب كل واحد من الورثة ودين كل
غريم في وفق التركة فما بلغ فاقسمه على وفق التصحيح أو على وفق مجموع الدين فما خرج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث
أو الدين لأنه يجعل دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح وهذا مبني على قاعدة ممهدة في الحساب وهي
أنه متى اجتمع أربعة أعداد متناسبة وكان نسبة الأول إلى الثاني كنسبة الثالث إلى الرابع وعلم من تلك الأعداد ثلاثة وجهل واحد
أمكن استخراج المجهول وبيان ذلك فيما اجتمع أربعة أعداد متناسبة أولها سهام كل وارث من التصحيح وثانيها التصحيح وثالثها
الحاصل لكل وارث من التركة ورابعها جميع التركة لأن نسبة السهام إلى التصحيح كنسبة الحاصل من التركة إلى جميع التركة
والثالث مجهول والباقي معلوم فإذا ضربت الطرف في الطرف كان كضرب الثاني في الثالث فكذلك إذا قسمت المبلغ على الثاني
خرج الثالث ضرورة أن كل مقدار تركب من ضرب عدد إذا قسم على أحد العددين خرج الآخر كخمسة عشر مثلا المتركب من
ضرب ثلاثة في خمسة إذا قسمتها على ثلاثة خرج خمسة وإذا قسمتها على خمسة خرج ثلاثة وهذه القاعدة هي الأصل في معرفة نصيب كل
واحد من آحاد ذلك الفريق فإذا اجتمع هنالك أيضا أربعة أعداد متناسبة نصيب الفريق من أصل المسألة وعدد الفريق الحاصل
من أصل المسألة وعدد الفريق والحاصل لكل واحد من آحاد الفريق من التصحيح ومبلغ الرؤوس نسبة نصيب الفريق من أصل
المبلغ إلى عددهم كنسبة الحاصل إلى التصحيح لكل واحد إلى مبلغ الرؤوس وهو المضروب في أصل المسألة والثالث مجهول والباقي
معلوم ويستخرج المجهول في مثل هذا بالطريق المذكور في التصحيح وكذا العمل في قضاء الدين إذا كانت التركة لا تفي به
فدين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح فتطلب الموافقة بين مجموع الدين وبين التركة ثم العمل فيه على
ما بينا قال رحمه الله ﴿ومن صالح من الورثة على شيء فاطرحه كأن لم يكن واقسم ما بقي على سهام من بقي﴾ لأن المصالح لما أعطوه
جعل مستوفيا نصيبه من العين وبقي الباقي مقسوما على سهامهم وقوله فاطرحه كأن لم يكن فيه نظر لأنه قبض بدل نصيبه فكيف
يمكن جعله كأن لم يكن بل يجعل كأنه مستوف نصيبه ولم يستوف الباقون أنصباءهم ألا ترى أن المرأة إذا ماتت وخلفت زوجا وأما
وعما فصالح الزوج على ما في ذمته من المهر يقسم الباقي من التركة بين الأم والعم أثلاثا للأم سهمان وسهم للعم ولو جعل الزوج
كأن لم يكن لكان للأم سهم لأنها ثلث بعد خروج الزوج من البين وللعم سهمان لأنه الباقي بعد الفروض ولكن تأخذ هي ثلث
الكل وهو سهمان من ستة وللزوج النصف ثلاثة وقد استوفاه فأخذ بدله بقي السدس وهو سهم للعم وكذا لو ماتت المرأة وخلفت
ثلاث أخوات متفرقات وزوجا فصالحت الأخت لأب وأم وخرجت من البين كان الباقي بينهم أخماسا ثلاثة للزوج وسهم للأخت للأم
وسهم للأخت لأب على ما كان لهم من ثمانية لأن أصلها ستة وتعول إلى ثمانية فإذا استوفت الأخت نصيبها وهو ثلاثة بقي خمسة
ولو جعلت كأنها لم تكن لكانت من ستة ويبقى سهم للعصبة

وهذا آخر ما تيسر تأليفه بحمد الله وعونه وحسن توفيقه في شرح هذا الكتاب وأسأل الله العظيم أن ينفع به جميع الطلاب ومن
نظر فيه من المحبين والأصحاب وأن يمن علينا بعفوه ويدخلنا دار السلام بكرمه وجاهه وجوده ويبلغنا من غير مشقة ولا حساب
ولا عقاب ولا مناقشة ولا عتاب وأن يختم لنا بخير ويجعل لنا الجنة دار مآب وأن يجعل منزلنا أعلى الدرجات ويبلغنا

أقصى المرادات بحرمة محمد صلى الله عليه وسلم سيد السادات وأن يشفع فينا نبيه المصطفى ويحشرنا في زمرة من لم يعامله بمشقة ولا جفا آمين والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب

﴿ يقول راجي غفران المساوي رئيس لجنة التصحيح محمد الزهري الغمراوي ﴾

نحمدك اللهم أن عممت علينا نعمك ظاهرا وباطنا وأكرمت هذه الأمة بتتميم معالم دينها وجعلت فيهم أئمة كل منهم ينطق بالحق معلنا ونسألك دوام الصلاة والتسليم على إمام المرسلين وخاتم النبيين سيدنا محمد المبعوث بالهداية العامة والكرامة التامة وعلى آله خير آل وأصحابه ذوي الفضل والكمال (أما بعد) فقد تم بحمده تعالى طبع تكملة الإمام المحقق والعلامة المدقق الشيخ محمد ابن حسين بن علي الشهير بالطوري رحمه الله وأثابه رضاه للبحر الرائق شرح كنز الدقائق وهي الجزء الثامن لهذا الكتاب فكمل بها روضه الفائق وزها ثمره وطاب وأصبح آخذا من الكمال التمام وضوء شمسه زال عن أفقه الغمام ولا عجب أن التقط من البحر الدرر وسعى سعيه في انتقائه من الجواهر الغرر فقد أطال النفس في التحقيق واستوعب مسالك المناقشات والتدقيق ولكن يوجد في بعض تراكيبه نوع عقادة تحجب الواقف بأحجار الاستفادة فأحضرنا نسخة خطية لعلنا بها ندرك الأمنية فتعاصت علينا بعض تلك العبارات فنبهنا على بعضها بحواشي من التعليقات وبعضها بعلامة ٧ فجاء بحمده هذا الكتاب على ما يرام من حسن العناية والدقة في تصحيحه على حسب ما تمكن من الرعاية وذلك بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى بمحروسة مصر الغرا مصححا بمعرفة لجنة التصحيح بتلك المطبعة في شهر صفر سنة ١٣٣٤ هجرية على صاحبها أفضل الصلاة وأتم التحية آمين



﴿ فهرست الجزء الثامن تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة الطوري رحمه الله ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾